أحكام الأسرة فى الإسلام

دكتور

رمضان على السيد الشرنباصى

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٥ - ٢٠٠٦

٢١٠٢٤
٢٥٤
١/ ح

أحكـــام الأسرة فى الإسلام

[redacted]

مصطفى سالم حسنين
طالب فى كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

دكتــور

رمضان على السيد الشرنباصى

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٥ ـــ ٢٠٠٦

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد،،،

فلما كان القضاء والفصل في دعاوى الأحوال الشخصية منوطاً بالخريجين من كلية الشريعة والقانون وكلية الحقوق ، كان من المأمول أن يعتنى بتثقيف هؤلاء الخريجين ثقافة شرعية ، حتى يصبحوا فى مستوى يؤهلهم لتولى المنصب الخطير ، منصب الفصل فى ألصق المسائل بذات الإنسان وفقاً لحكم الله وشريعته ، وذلك بدراسة الفقه الإسلامى وأصوله ، ودراسة الآيات والأحاديث المتعلقة بالأحكام الفرعية دراسة تحليلية فى مراجعها الأصلية ، بحيث يستطيع الطالب الرجوع إلى هذه المصادر والإستفادة منها عند الإحتياج إليها ، وهو لابد محتاج إليها حتى ولو كان بين يديه قانون موضوع يرجع إليه عند الفصل فى الدعاوى ، لأن هذا القانون سيؤخذ من هذه المراجع ، فلا يتحقق فهمه على وجهه الصحيح ، أو إزالة ما قد يوجد فيه من لبس أو خفاء إلا إذا رجع الباحث إلى أصوله ومصادره التى أخذ منها ، واعتمد واضعوه عليها .

وإن الفقه الإسلامى لقادر على أن يمد الناس بكل ما يحتاجونه إليه ، من نظم وأحكام تلائم العصر وتساير تطوره وتفى بحاجياته .

وواجبنا نحن أن نكشف عن هذه الكنوز المودعة فى بطون كتب الفقه ، وأن نخرجها للناس نقية صافية ، وذلك بأن تتضافر جهود علماء الشريعة وكبار رجال القانون ويتعاونوا على هذه المهمة ويقوموا بإختيار الآراء التى تساير

تطور الزمن .

ولما كانت مسائل عقد الزواج ، من الموضوعات التى حوتها كتب الفقه الإسلامى ، والتى يحتاج الناس معرفة أحكامها ، ثم إنها تطبق فى المحاكم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

لذا رأيت أن أقوم بجهد متواضع فى كتابة هذه الموضوعات تحت عنوان (أحكام عقد الزواج فى الفقه الإسلامى) ، ولا أدعى السبق بالكتابة فى هذه الموضوعات ، فهناك بحوث قيمة لأساتذتى الأجلاء ، اتسمت بالعمق والتأصيل وأنا على هديهم أسير .

وقد راعيت فى عرض هذه الموضوعات سهولة الأسلوب ، وحسن الترتيب بالقدر المستطاع ، وعنيت بذكر الرأى الراجح ، والذى ينبغى أن يكون عليه العمل أو الفتوى .

وإنا نضرع إلى الله تعالى أن يمن علينا بتوفيقه وهدايته ، فإنه لولا فضل الله تعالى لما وصلنا إلى غاية ، ولما 'هتدينا إلى منهاج .

كما نسأله أن يسدد خطانا ، ويوفقنا لخير الأعمال وأحبها إليه .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

دكتور / رمضان على السيد

القسم الأول

أحكام عقد الزواج

١ - مكونات العقـد .

٢ - حقوق وواجبات الزوجين .

المقدمـــة

وتتكون المقدمة من :

(أ) التعريف بعقد الزواج والغرض منه ودليل مشروعيته وحكمه .

(ب) الخطبة وما يتعلق بها .

١ ـ التعريف بالزواج :

جرت عادة الكتاب أن يعرفوا عقد الزواج بتعريفين : تعريف لغوى ، وآخر اصطلاحى عند الفقهاء .

تعريفه لغة : الذى يفهم من كتب (١) اللغة « أن كلمة الزواج تطلق عند العرب على اقتران أحد الشيئين بالآخر وإرتباط كل واحد بالآخر بعد أن كانا منفصلين . ويدل على ذلك قوله تعالى « **وزوجناهم بحور عين** » . أى قرناهم بهم ، وقوله سبحانه « **وإذا النفوس زوجت** » أى قرنت بأبدانها أو بأعمالها ثم صارت كلمة الزواج تستعمل فى اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار لتكوين أسرة ولا يفهم منها عند الإطلاق إلا ذلك .

أما التعريف عند الفقهاء :

فهو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع .

ما الذى يستفاد من التعريف من أحكام ؟

ويفهم من التعريف أنه بمجرد تمام العقد يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا وقد كان ذلك محرماً عليهما قبل تمام العقد بينهما .

كما أنه إذا تم العقد صحيحاً بتحقيق أركانه وشرائطه المعروفة والتى ستعرف فى موضعها ، تترتب عليه آثاره فى الحال ويثبت لكل من الزوجين قبل الآخر حقوق وواجبات مشتركة بينهما أو خاصة بأحدهما .

---

(١) مختار الصحاح ـ بتصريف مادة (زوج) .

وهناك تعريف دقيق لعقد الزواج يشمل هذه المعانى كلها (١) لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة فيقول : إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات .

وهذا التعريف يكشف عن حقيقة العقد فى نظر الشارع الإسلامى .

تنبيه : عقد الزواج كما يطلق عليه لفظ « الزواج » يطلق عليه « النكاح » بل استعمال الشارع والفقهاء لمادة « النكاح » فى هذا المعنى أكثر شيوعاً من استعمالهم لفظ « الزواج » ومعنى ذلك : أن مدلول كلمتى الزواج والنكاح فى لسان الشرعيين واحد (٢) .

عناية الشارع بالزواج:

عقد الزواج من العقود الهامة فى الفقه الإسلامى لأنه يغاير سائر العقود فهو ليس عقد تمليك لعين أو منفعة كعقد البيع والإجارة ، بل هو عقد وميثاق بين الزوجين يرتبطان به ارتباطاً وثيقاً مدى الحياة . وقد أشارت الآية الكريمة إلى هذه المعانى ، إذ يقول الله تعالى :

« وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى

---

(١) أنظر عقد الزواج وآثاره للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص٤٤ وهذاالتعريف اعتمد عليه قانون الأسرة اليمنى والسورى فى المواد الأولى منهما .

(٢) أما كلمة النكاح فهى مرادفة لكلمة الزواج وهى تطلق عند اللغويين علىالوطء وعلى العقد له وعلى الضم حسياً كان أو معنوياً كضم محسوس إلى محسوس أو ضم قول إلى قول ولما ورد فى اللغة استعمال النكاح فى هذه المعانى قال الحنفية إنه حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد وقال الشافعية العكس . يراجع كتب اللغة والفقه فى أبواب النكاح لمن أراد المزيد حول هذا المعنى .

بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » (١) .

ولقد اهتم الشارع به اهتماماً عظيماً ومن مظاهر هذا الإهتمام :

أولاً : أن الشارع جعل للزواج مقدمات لها أحكامها وتفاصيلها الشرعية .

ثانياً : أن الشارع اشترط لصحة العقد وجود شاهدين حين العقد .

ثالثاً : بين الشارع المحرمات من النساء ومن يحل ومن يحرم التزوج بهن ، كما أوجب المهر والنفقة للزوجة ، وبين حقوق كل من الزوجين وواجباته في المباشرة الزوجية .

رابعاً : أنه قد وردت نصوص كثيرة في القرآن الكريم والسنة والآثار ترغب في الزواج وتحث عليه وتدل على مشروعيته ، ومنها :

أولاً : قوله تعالى « **وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم** » (٢) وهذا أمر ، ويقول الله تعالى أيضاً « **فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** » (٣) ، وهذا منع من العضل ونهى عنه ، ويقول الله أيضاً « **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع** (٤) ... الآية » .

وقال تعالى في وصف الرسل ومدحهم « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » . فذكر ذلك في معرض الإمتنان وإظهار الفضل ومدح

---

(١) سورة النساء الآيتان ٢٠ ـ ٢١

(٢) سورة النور ٣٢ ، والأيامى جمع مفرده أيم والأيم في اللغة : العزب ذكراً كان أو أنثى .

(٣) سورة البقرة .

(٤) سورة النساء : ٣

أولياءه بسؤال ذلك فى الدعاء فقال « والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين » .

ثانياً : السنة :

من ذلك : قوله ﷺ « النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فقد رغب عني » وقال ﷺ « النكاح سنتي فمن أحب فطرتى فليستن بسنتى » ، وقوله عليه الصلاة والسلام مخاطباً شباب الأمة الإسلامية « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » (١) .

ثالثاً : وأما الآثار فمنها :

ما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : « لا يمنع من النكاح إلا عجز أو فجور » وقال ابن عباس ﷺ « لا يتم نسك الناسك حتى يتزوج يحتمل أنه جعله من النسك وتتمه له ، ولكن الظاهر أنه أراد به أن لا يسلم قلبه لغلبة الشهوة إلا بالتزويج ولا يتم النسك إلا بفراغ القلب » .

والغرض من هذا الترغيب فى النكاح تحقيق أمرين لهما أثر فعال فى حياة الأمة وكيانها القومى :

أولهما : تحصين النفوس بالحلال وإبعادها عن الفاحشة حتى لا يشيع الفسق ولا ينتشر الفساد فى الأمة بإعراض أفرادها لاسيما شبابها عن الزواج لأن من أسباب ضعف الأمة وإنحلالها انتشار الفسق والفجور بين أبنائها ، كما شهدت بذلك حوادث تواريخ الأمم والشعوب قديماً وحديثاً .

---

(١) الوجاء مأخوذ من وجأ بمعنى قطع أى أن الصوم قاطع لشهوة من لم يستطع الزواج وذلك لأن الصوم قاطع الشهوات لما فيه من روحانية وتقوية للإدارة وفى ذلك كف للنفس عن الحرام .

وثانيهما : زيادة أفراد الأمة وكثرة التناسل بها ، لأن عزة الأمة وقوتها الآخذة بأسباب العلم والرقي والتقدم والتفوق في مختلف الصناعات تكون مرهوبة الجانب مسموعة الكلمة بين الأمم والشعوب فتعيش معتزة بكثرة عددها وبقوتها المادية والعلمية ، ويرشد إلى هذا قوله ﷺ « تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم » (١) .

حكمة تشريع (٢) الزواج

خلق الله تعالى الإنسان في هذه الحياة لعمارة الكون وسخر له ما في الأرض جميعاً ليبقى النوع الإنساني إلى المدة التي قدرها سبحانه لبقائه ولما كانت عمارة الكون متوقفة على وجود الزواج لكونه طريق التوالد والتناسل شرع الله الزواج لتنظيم المعايش ثم إن الإنسان لا يستقيم حاله ولا تطمئن حياته إلا باستقرار شئونه المنزلية وانتظام أحواله المعيشية ولا يتحقق هذا الإستقرار والإطمئنان إلا بوجود شريكة له تكون معواناً وعضداً ترعى أمره وتسهر على مطالبه وتحيطه بالرعاية التامة .

ثم إن في الزواج مجاهدة للنفس ورياضتها بالرعاية والولاية والقيام بحقوق الأهل والصبر على أخلاقهن واحتمال الأذى منهن والسعي في إصلاحهن وإرشادهن إلى طريق الدين والإجتهاد في كسب الحلال لأجلهن والقيام بتربيته لأولاده ،

فكل هذه أعمال عظيمة الفضل لمقاساة الأهل والولد بمنزله الجهاد في سبيل الله ولذلك قال ابن المبارك وهو مع إخوانه في الغزو

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للشيخ عمر بن عبد الله ص ٣٤ .

(٢) يراد من كلمة « حكمة التشريع » أي الغرض والباعث على تشريع هذا الحكم من تحقيق مصلحة للعباد ودرء المفاسد عنهم .

أتعلمون عملاً أفضل مما نحن فيه قالوا ما نعلم ذلك قال أنا أعلم قالوا فما هو قال رجل متعفف ذو عائلة قام من الليل فنظر إلى صبيانه متكشفين فسترهم وغطاهم بثوبه فعمله أفضل مما نحن فيه ، وقال ﷺ « إن الله يحب الفقير المتعفف أبا العيال » .

وفى الحديث إذا كثرت ذنوب العبد ابتلاه الله بهم العيال ليكفرها عنه ، ثم إن الزواج قد يكون سبباً من أسباب الرحمة والثواب فى الآخرة .

ففى الحديث عن الرسول ﷺ : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقه جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » ولا يكون الولد إلا بالزواج .

ثم إن الزواج يشعر المرء بالمسئولية ، ومن هنا كانت أول مهمة تعهد إلى المسلم بعد نفسه مباشرة هى مسئوليته تجاه أهله وبيته وأولاده بدليل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً . وقودها الناس والحجارة . عليها ملائكة غلاظ شداد لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون (١) » .

فالزواج يشعر بالمسئولية التى تلقى على عاتق الزوج فهو قبله كان مسئولاً عن نفسه أما بعده يصير مسئولاً عن زوجته وأولاده ، فهو مظهر من مظاهر الرقى الإنسانى وراحة للنفس العالية .

ثم إنه لو ترك الناس لطبائعهم وشهواتهم وأبيح للرجل والمرأة أن يجتمعا لإشباع ميولهما الجنسية دون أن يتقيدوا بالزواج لسادت الفوضى بين الناس وقلت العناية بالنسل .

---

(١) التحريم : ٦ .

حيث يولد الولد وليس له أب معلوم ينتمى إليه يهتم بشئونه ويحيطه بعطفه الأبوى الذى أودعه الله قلوب الآباء كما لا يحظى بالحنان من أم تسهر على تربيته وتدير أموره وترعاه الرعاية التامة .

وفي الجملة فقد شرع الزواج ليحقق للإنسان إرضاء الغريزة الفطرية والحصول على الولد على نحو مشروع والأنس النفسي إلى الأليف والسكن إليه والتعاون معه على شدائد الحياة وأحداثها وظروفها .

ومن كل هذه المعاني وغيرها رغب الإسلام في الزواج وحث عليه كما علمت ويكفي أن الله تعالى جعله من آياته حيث يقول : « **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها** (١) » وقد جعله الرسول ﷺ مكملاً لدين المسلم حيث يقول ﷺ « من تزوج فقد أحرز شطر دينه فليتق الله في الشطر الآخر (٢) » .

حكم الزواج :

ليس للزواج حكم واحد يعم جميع المكلفين بل الحكم يختلف باختلاف الناس وتفاوتهم من حيث مقدرتهم المالية واستعدادهم الجسمي والخلقي ، ومن هنا قال الفقهاء إن عقد الزواج تعرض له الأحكام الشرعية فتارة يكون فرضاً أو واجباً أو مندوباً أو حراماً أو مكروهاً أو مباحاً . (٣) .

١ - فيكون الزواج فرضاً إذا تحقق لديه الوقوع في المعصية (أى الزنا) لو

---

(١) سورة الروم : ٢١

(٢) أنظر إحياء علوم الدين للغزالي ص ٢٥ جـ ٢ ، الأحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله ٢٧ ، والشيخ بدران ص ١٣ ، ود . البلتاجى ص ١٠٧ .

(٣) ومعنى هذه الأحكام :

المباح : ما لم يطلبه الشارع لا فعلاً ولا تركاً .

الفرض : ما طلب الشارع فعله قطعاً بدليل لا شبهه فيه .

الواجب : ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم وكان ثابتاً بدليل ظنى فيه شبهه .

المندوب : ما طلب من الشارع فعله من غير إلزام فله الثواب إن فعله ولا إثم على من تركه

الحرام : ما طلب الشارع تركه بدليل قطعي لا شبهه فيه .

المكروه : ما طلب الشارع تركه بدليل ظنى فيه شبهه .

لم يتزوج وكان قادراً على مطالب الزواج المالية (من مهر ونفقة) وكان واثقاً من القيام بحقوق الزوجية والعدل في معاملة الزوجة وعدم ظلمها فى المعاشرة . وكان الزواج فرضاً فى تلك الحالة لأن الزنا حرام ولا يتوصل إلى تركه فى هذه الحالة إلا بالزواج . ومن القواعد المقررة شرعاً (أن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضاً) ، فالزواج يكون فرضاً فى هذه الحالة لا لذاته بل لغيره فإن ترك الزنا لازم فيكون ما يؤدى إليه لازماً بزومه.

٢- ويكون الزواج واجباً إذا خاف الشخص الوقوع فى الزنا إن لم يتزوج ويغلب على ظنه ذلك وكان قادراً على مطالب الزواج وإقامة العدل مع من يتزوجها .

٣- ويكون الزواج حراماً إذا لم يكن المكلف قادراً على نفقات الزواج المالية (المهر - النفقة) متيقناً من الظلم إن تزوج لأن كل ما يفضى إلى الحرام يكون حراماً والظلم حرام فيكون الزواج حراماً إذا ما أدى إليه .

٤- ويكون الزواج مكروهاً إذا كان المكلف يغلب عليه ظنه أنه سيظلم الزوجة فى المعاشرة إن تزوج .

٥- ويكون الزواج مندوباً إذا كان الشخص فى حالة اعتدال يعني لا يقع فى الزنا ولا يخشاه إن لم يتزوج . إلا أن هذه الحالة (أى حكم الزواج فى حال الإعتدال) محل نظر بين الفقهاء .

١- قال بعض [1] الشافعية وبعض الزيدية إن الزواج فى مثل هذه الحالة يكون مباحاً ، لأن النكاح من جنس الأعمال الدنيوية كالأكل والشرب ولذا يقع من المؤمن وغير المؤمن وفيه قضاء شهوة الفرج كما أن الأكل فيه قضاء شهوة البطن ومن يقوم به إنما يعمل لنفسه وذلك من خواص المباحات لا المندوبات .

---

(١) المجموع للنووى ٢٨٩/١٥

٢ـ وقال جمهور الفقهاء والزيدية : إن الزواج فى حالة الإعتدال يكون مندوباً لأن النصوص الدالة على فضل الزواج وعلى الثواب عليه إذا كانت العشرة حسنة ، ومن ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال « إن الرجل إذا نظر إلى امرأته ونظرت إليه نظر الله إليهما نظرة رحمة فإذا أخذ بكفها تساقطت ذنوبهما من خلال أصابعهما » .

وقد لزم الرسول ﷺ الزواج وكذلك أكثر الصحابه . وكل هذا يدلنا على أن الزواج قد طلبه الشارع أكبر من درجة المباح .

٣ـ وقال الظاهرية وبعض الشافعية ـ إن الزواج فى حال الإعتدال فرض عين معللين قولهم بأن النصوص الدالة على الأمر بالنكاح ومن ذلك قوله : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ، وقول الرسول ﷺ : (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ...) الحديث .

فهذه وغيرها كلها أوامر والأمر للوجوب .

الراجح :

وما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء هو الراجح . وهو أن الزواج فى حال الإعتدال مندوب كما يشير إلى ذلك قوله ﷺ (الزواج سنتى) كما سبق . أما الأوامر الواردة فيمكن حملها على أنها طلب على سبيل الترجيح لا على سبيل الإلزام لأن النبى ﷺ لم يحتم الزواج ولم يلزم به الناس كما ألزمهم بالفرائض والواجبات .

ويرد على القائلين بالإباحة :

أن الزواج ليس مقصوراً على قضاء المأرب فقط بل فيه رعاية للأهل والولد فهو احتمال لتكليف وليس قضاء متعة ، وإلا لما كان هناك فرق بين الزواج والزنا (١) .

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين ص ١٦ ، والشيخ عمر عبد الله والفق على المذاهب الأربعة ص ٤ / ٧ .

الخطبـة

لم ينظم الشارع الحكيم لكل العقود مقدمات خاصة بها إنما اختص عقد الزواج من بين العقود بأحكام تخصه لكونه أخطر عقد فهو عقد الحياة الإنسانية . ومن هنا دعا الشارع الناس إلى هذه المقدمة لكى تنشأ الرابطة الزوجية على خير الأسس فتدوم العشرة . وهذه المقدمة هى ما يطلق عليها عند العرب وفى الشرع الإسلامى بالخطبة .

تعريف الخطبة (١) :

وتعرف الخطبة عند الفقهاء بأنها إظهار الرجل رغبته فى التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية ، فإذا تمت هذه الرغبة بالموافقة من المرأة أو ممن له الحق فى ذلك نيابة عنها تمت الخطبة بينهما وإذا ما تمت الخطبة فإنها لا تعدو أن تكون مجرد وعد بين الرجل والمرأة بعقد زواجهما فى المستقبل .

أنواعها :

والخطبة نوعان فقد تكون بطريق التصريح أو بطريق التعريض :

١ - أما التى بطريق التصريح فهى طلب التزوج بالمرأة وإظهار الرغبة فى ذلك صراحة بحيث لا يحتمل الطلب غير الخطبة ، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها إنى أريد أن أتزوجك .

٢ - والخطبة بطريق التعريض ، أن يقول الخاطب كلاماً يحتمل معنيين أحدهما ظاهر غير مقصود وثانيهما غير ظاهر وهو مقصود ، كأن يقول الخاطب لمخطوبته عزمت على الزواج أو أريد التزوج بامرأة صالحة ونحو ذلك من الجمل التى يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن .

---

(١) كلمة خطب من باب نصر يقال لغة خطب الرجل المرأة خطباً وخِطبة (بكسر الخاء) فهو خاطب وهى مخطوبة إذا طلبها للتزوج بها ويقال خطب الرجل خُطبة (بضم الخاء) وخَطبة (بالفتح) إذا وعظ الناس .

والخاطب له أحوال ثلاث من حيث إجابته :

الحالة الأولى : قبول الخطبة من المخطوبة أو من أهلها .

الحالة الثانية : رفض الخطبة .

الحالة الثالثة : السكوت عن قبولها أو رفضها .

فإذا قبلت الخطبة فقد تمت الخطبة بين الخاطب والمخطوبة فلا يجوز لغيره أن يخطبها مادام عالماً بهذه الخطبة ومادام لم يعدل عنها الطرفان أو أحدهما ، لأن النبي ﷺ قد نهى عن ذلك حيث يقول ﷺ: « لا يبع أحدكم علي بيع أخيه ولا يخطب علي خطبة أخيه حتي يترك الخاطب قبله أو يأذن له » . والحكمة من ذلك أن في خطبة الغير اعتداء علي حق الخاطب الأول ، والله لا يحب المعتدين .

وإذا فسخت الخطبة بينهما بعدول الطرفين أو أحدهما عنها فإنه يجوز لمن يريد التزوج أن يخطبها ، كما يجوز له ذلك إذا رفضت خطبة الخاطب الأول لأن برفضها لم تتم الخطبة ، وبالتالى لم يترتب على هذه الخطبة المرفوضة أى حق للخاطب فلا يمكن اعتبار خطبة الثاني اعتداء على حقه .

وأما فى حالة السكوت وعدم وجود إجابة صريحة بقبول الخطبة الأولى أو بردها ، فهل يجوز فى هذه الحالة لغير الخاطب الأول أن يخطبها ؟ فقال الشافعى فى أحد قوليه :

يجوز للغير أن يخطبها فى هذه الحالة لأن السكوت يعتبر رفضاً ضمنياً للخطبة الأولى ولأنه مع التردد بين قبول الخطبة ورفضها لم يثبت للخاطب الأول حق حتى تعد خطبة الثانى اعتداء على حق الأول .

وقال الحنفية والإمام مالك : لا يجوز لغير خاطبها الأول أن يخطبها فى هذه الحالة حتى يبت فى الأمر بإجابة صريحة عن الخطبة بقبولها أو برفضها لأن السكوت وعدم البت فى الخطبة بقبولها أو رفضها لأجل التحرى عن الخاطب والتثبت من حاله فلا يدل السكوت على الرضا بالخطبة

ولا على عدمه فيكون هناك احتمال قبولها ، فإذا أبيح لغير الخاطب الأول أن يخطبها قبل أن يفصل فى شأن الخطبة الأولى وتقدم بخطبتها فقد يترتب على ذلك قطع الخطبة الأولى ورفضها صراحة ، وفى هذا اعتداء على حق الأول الذى يتوقع قبول خطبته ولو بطريق الإحتمال . وهذا الرأى هو المختار عندنا .

كيف يُختار الزوج (١) ؟

لقد عنى الشرع الإسلامى بعقد الزواج عناية خاصة لم تتوفر فى غيره من العقود لأنه عقد الحياة الإنسانية لذا نراه قد أحاطه بالرعاية فى جميع مراحلة من وقت التفكير فيه إلى وقت إنشائه وانتهائه ، ومن هنا كانت توجيهات الإسلام لإختيار الزوج حتى تقوم الأسرة على دعائم قوية وذلك خير للإنسانية ولمصلحة المجتمع البشرى ولذا يستحسن أن تكون الزوجة من النساء المتصفات بالشروط الآتية :

أولاً : أن تكون الزوجة من النساء المتحليات بالأخلاق الحميدة المتمسكات بالدين وقد أرشد الرسول ﷺ إلى المنهج الذى يراعى عند اختيار الزوجة . فقال عليه السلام « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك » والمراد بذات الدين المرأة العفيفة عن المعاصى المتقربة إلى الله بالطاعات ، فلا تخطب المرأة لجمالها أو مالها أو جاهها ويهمل ناحية الخلق والدين ولا يفهم من هذا أن يهمل جانب الجمال فى المرأة لا بل الأفضل أن تكون المرأة مع جمالها متحلية بالخلق الكريم لأن جمال المرأة يعف زوجها .

---

(١) تستخدم (كلمة الزوج هنا) بمعناه اللغوى العام الذى يشمل الرجل والمرأة فكل منهما زوج للآخر ـ أنظر كتب اللغة .

ثانياً : أن تكون ذات عقل لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ولا يكون ذلك إلا مع ذات عقل .

ثالثاً : أن تكون من غير عشيرته (١) ، لأن التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفاً . يقول الإمام الشافعي ﷺ إذا تزوج الرجل من عشيرته فالغالب على ولده الحمق ، ومن المقرر في علم الأجناس أن من أسباب انقراض الجنس حصره في أسرة واحدة فإن ذلك يفضي بتدهور السلالات وضعف النسل ، وقد روى عن النبى ﷺ « اغتربوا لا تضووا » أى اقصدوا الغرائب عند تزوجكم حتى لا تضعفوا ، والعرب تقول « إن الولد يجئ من القريبة ضاويا » (٢) .

رابعاً : أن تكون بكراً ولوداً لأن الأبكار تتوثق بهن الصلات وتدوم معهن العشرة إلا إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى الزواج من الثيب كأن يكون الزوج كبير السن أو يكون عنده أطفال فى حاجة إلى امرأة ممن مارست ذلك .

وقد روى عن جابر بن عبد الله أن النبى ﷺ قال له : يا جابر تزوجت بكراً أم ثيباً؟ قال : ثيباً . فقال الرسول ﷺ : هلا تزوجت بكراً تلاعبها وتلاعبك (٣) . قال بعض الشافعية : ويعرف كُون البكر ولوداً بأقاربها بأمها أو أخواتها .

والتزوج بالمرأة الولود يحقق المقصود من الزواج وهو تحصيل التناسل فقد

---

(١) شرح المجموع للنووى جـ ١٥ ص ٢٧٣ .

(٢) الضوى بتشديد الضاء وفتح الواو : دقة العظم وقلة الجسم خلقه (أو الهزال) .

(٣) البحر الزخار جـ ٤ ص ١٩٠

روى عن معقل بن يسار قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : أنى أحببت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لا تلد أفأتزوجها ؟ قال له الرسول ﷺ : لا .

ثم أتاه الثانية فسأله فنهاه . ثم أتاه الثالثة فقال الرسول ﷺ «تزوجوا الولود فإنى مكاثر بكم» .

خامساً :أن تكون من أسرة متدينة ونبت كريم والرسول ﷺ يرشد إلى مثل هذا حيث يقول «تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس» .

ويقول أيضاً ﷺ «إياكم وخضراء الدمن قيل وما خضراء الدمن يا رسول الله؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء» (١) .

سادساً : أن يتعرف كل منهما على الآخر خلقا وخُلقا . ليكون كل منهما بقدر الإمكان على بينة من أمر الآخر قبل عقد الزواج بينهما حتى إذا ما تم ذلك الزواج بينهما بعد ذلك فإن زواجهما فى الأعم الأغلب يثمر الثمرة المطلوبة منه شرعاً لأن كلا منهما قد وقف على عادات وسلوك وأخلاق صاحبه فيقوم الزواج على اطمئنان تام وتنشأ الحياة الزوجية على دعائم قوية وقواعد ثابتة .

وطريق التعرف يختلف باختلاف ما يراد معرفته فمعرفة جمال الخلقة وجمال الجسم ولون المرأة يكون بالنظر والمشاهدة ومعرفة حسن السيرة والتدين يكون بالتحرى والبحث فالرجل يُسأل عنه المخالطون له فى العمل والسكن ، والمرأة إذا كانت محجبة يبعث الزوج من نساء قرابته كأمه أو أخته أو خالته من تكشف عن ذلك .

وفى الجملة يستحسن للرجل شرعا أن يرى بنفسه من يريد التزوج بها

---

(١) شرح المجموع للنووى ٥ / ٢٩٣ ، وخضراء الدمن «زهرة جميلة رائعة المنظر تنبت فى القذر» .

ليتمكن من معرفة ما يريد معرفته من الأمور التى لا تعرف إلا بالنظر والرؤية ويباح له أن يجتمع بها ويتحدث إليها بشرط أن يوجد معها محرم لها من أقاربها كأخيها أو عمها .

النظرة للمرأة المخطوبة :

الأصل في نظر الرجل للمرأة الأجنبية أو العكس مع التعمد هو الحرمة (١) لقوله تعالى: « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون . وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ... » (٢) فإن صادف أن وقع بصر أحدهما على محرم من غير تعمد فالحكم أن يصرف عنه سريعاً . لما رواه مسلم وغيره من أصحاب السنن عن جرير بن عبد الله البجلى قال : سألت النبى ﷺ عن نظر الفجأة فأمرنى أن أصرف بصرى . ولما روى عن أبى داود عن بريدة قال : قال رسول الله ﷺ لعلى : يا على لا تتبع النظرة فإن لك الأولى وليس لك الأخرة والأولى هنا هى نظر الفجأة .

وقد جعل رسول الله ﷺ من حق الطريق أن يغض المسلم البصر فيه وحرم النظر سداً لذريعة الفساد لأنه يؤدى إلى التفكير والتمنى وقد يؤدى ذلك إلى إتخاذ الخطوات فى طريق الحرام لكن إن وجدت ضرورة يجوز للرجل أن ينظر وللمرأة كذلك استثناء من القاعدة العامة .

يقول الشيخ النووى فى المجموع (٣) ويجوز للرجل أن ينظر إلى وجه المرأة الأجنبية عند الشهادة وعند البيع منها والشراء ويجوز لها أن تنظر إلى

---

(١) أنظر شرح المجموع للنووى ١٥ / ٢٩٥

(٢) النور : ٣٠ ـ ٣١

(٣) المجموع للنووى ١٥ / ٢٩٥

وجهه لذلك لأن هذا يحتاج إليه فجاز النظر لأجله ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى بدن الآخر إذا كان طبيباً وأراد مداوته لأنه موضع ضرورة فزال تحريم النظر لذلك .

كذلك يجوز النظر فى حالة الخطبة للحاجة إلى ذلك استثناء من القاعدة.

والحكمة فى إباحة الشارع النظر للمخطوبة . لأن كلا منهما إذا رأى الآخر

واجتمع به مع حضور المحرم لها من أقاربها فإما أن يطمئن كل واحد منهما إلى الآخر ويميل إليه ويقع لديه موقع القبول فتصح رغبتهما فى الزواج فإذا أتما عقد الزواج بينهما كان أدعى إلى الوفاق ودوام العشرة بينهما وإما أن يحدث عكس ما ذكر فيعدلان عن الخطبة ويمتنعان عن الزواج وقد وجهنا ﷺ إلى هذه الحكمة حيث صح عنه ﷺ : أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة وأخبر بذلك النبى ﷺ فقال له ﷺ أنظرت إليها؟ فقال لا فقال له النبى ﷺ

أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما «أى أجدر أن تحصل الموافقة والملائمة بينكما إذا تزوجتما بعد رؤيتها والنظر إليها . وقد روى عن جابر أن رسول الله ﷺ قال «إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» .

ويجوز للمرأة أن تنظر إلى الرجل الخاطب لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منه ما يعجبه منهن» .

ويفهم من كل ما تقدم أن الشرع لم يمنع اجتماع الخاطب بمخطوبته والجلوس إليها والتحدث معها بل يجوز له تكرار ذلك بشرط أن يوجد معها فى كل مرة محرم من محارمها فيستطيع أن يقف كل واحد منهما على

أوصاف الآخر . لما روى أبو الدرداء ﷺ أن النبى ﷺ قال «إذا قذف الله فى قلب امرئ خطبته امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها» ولا يمكنه تأمل ذلك إلا بتكرار النظر .

وبناء على ما تقدم نستطيع أن نقول : إنه لا يجوز شرعاً الخلوة بين الخاطب والمخطوبة على انفراد أى بدون محرم لها من أقاربها لورود النهى عن ذلك فقد قال ﷺ: «لا يخلو رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان» .

وإنما اشترط وجود المحرم من أجل الإحتياط والمحافظة على السمعة ولمنع مقالة السوء وخصوصا إذا فسخت الخطبة .

وليس من الشرع ما يجرى الآن من خروج الخاطب مع مخطوبته أثناء فترة الخطبة بدون محرم بدعوى إتاحة الفرصة لكل منهما أن يدرس أخلاق الآخر عن كثب وليختبره ويقف على أحواله وصفاته فى تلك المدة لأن عاقبة هذا الإختلاط والمعاشرة مدة من الزمن بدعوى ما ذكر غير مألوفة إذ الإنسان بحسب طبيعته البشرية قلما يقوى على مقاومة الشهوة لاسيما إذا كان فى مقتبل العمر مع تهيئة الأسباب وتوافر الدواعى كما هو الشأن بالنسبة لأغلب الخاطبين فيقع الضرر كما دلت على ذلك الوقائع الكثيرة .

ولكن ما الذى يجوز النظر إليه ؟ أو بعبارة أخرى ما يباح النظر إليه ؟

اختلف الفقهاء فيما يباح للخاطب النظر إليه من مخطوبته : (١)

فقال أكثر أهل العلم يباح النظر إلى الوجه والكفين فقط وخصت الإباحة بذلك لأن الوجه يدل على ما لصاحبه من جمال الخلقة . ولأن الكفين تدلان

---

(١) الشرح الصغير ٢ / ٩٤

على خصوبة اليدين أو عدمها وعلى حال الجسم من النحافة والإمتلاء والأصل فى ذلك قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » . قال المفسرون المراد «الوجه والكفان» ، وظاهر الآية يقتضى أنه لا يجوز للمرأة أن تبدى إلا وجهها وكفيها .

وروى جابر ﷺ أن النبى ﷺ قال «إذا أراد أحدكم تزويج امرأة فلينظر إلى وجهها وكفيها» . فدل على أنه لا يجوز النظر إلى غير ذلك .

وقال بعض فقهاء الحنفية يجوز للخاطب أن ينظر إلى قدميها أيضا زيادة فى المعرفة .

وقال داود بن على يجوز للخاطب أن ينظر إلى جميع بدنها عدا فرجها .

والمشهور من مذهب الإمام أحمد أنه يجوز للخاطب أن ينظر إلى ما يظهر من الجسم غالباً كالوجه والرقبة والكفين والقدمين وهذا الرأى هو الذى تشهد له الأحاديث الواردة هنا فقد صح عن النبى ﷺ عن جابر أنه قال : إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى زواجها فليفعل . فالحديث لم يقيد النظر بشئ معين من أجزاء الجسم ويؤكد هذا المعنى قول جابر راوى هذا الحديث (خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى التزوج بها فتزوجتها (١)) .

وقت الرؤية :

ولا يجوز الرؤية إلا عند إرادة الخطبة .

وروى عن الشافعى ﷺ أنه كان يفضل أن تكون الرؤية عند نية الزواج دون أن تشعر المرأة وعلى غير علم من أهلها .

---

(١) أنظر نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١١ ـ والجارية الفتية من النساء وسميت بذلك لخفتها وجريها (أنظر الأحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله ص٢٩).

وهو رأى حسن لأنها إن أعجبت الخاطب أقدم وإن لم تعجبه أحجم دون أن يجرح كرامة المخطوبة ، وقد ورد عن سيدنا جابر ﷺ قال «خطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى نكاحها فتزوجتها» (١) .

شروط الخطبة :

ويشترط لجواز الخطبة شرطان :

أولهما : أن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها فى وقت الخطبة .

ويحل للرجل شرعا أن يتزوجها فى الحال : وعلى هذا لا يجوز خطبة المحرمة على الخاطب أو المعتدة .

١ - فالمحرمة على الخاطب شرعاً سواء أكان هذا التحريم مؤبداً أو مؤقتاً فلا يجوز له أن يخطب أمه أو زوجة الغير لأن الزواج بالمحرمة حرام والخطبة وسيلة إلى الزواج والوسيلة إلى الحرام حرام .

٢ - أما المعتدة : إن كانت معتدة من طلاق رجعى لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً . لأنها فى حكم زوجة الغير فكما لا تجوز خطبة المعتدة من طلاق رجعى لأن فى ذلك اعتداء على حق زوجها لأن حقه فى مراجعة زوجتة باق بدون رضاها .

أما الخطبة تعريضا فأجازها جمهور الفقهاء لأن الخطبة بطريق التعريض لا تعتمد عليها المرأة كما فى الخطبة بطريق التصريح لوجود الإحتمال وهذا الإحتمال يضعف المحظور الذى من أجله حرمت الخطبة الصريحة واحتج الجمهور بقوله تعالى « **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او أكننتم فى أنفسكم** » ويما رواه مسلم من أن عمرو ابن حفص طلق فاطمة

---

(١) أنظر المجموع للنووى ١٥ / ٢٩٤ ، والأحوال الشخصية لأستاذنا / الشيخ بدران ص ٢٣ .

بنت قيس ألبته وهو غائب عنها . فقال لها النبى ﷺ إذا حللت فآذنينى . فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له أنكحى أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيراً كثيراً واغتبطت .

وقد اعتبروا قوله عليه السلام : إذا حللن فآذنيني تعريضا .

أما الحنفية :

فمنعوا خطبة كل معتدة من طلاق تعريضا أو تصريحا إلا من المطلق ولم يجيزوا الخطبة بالتعريض إلا مع المعتدة من وفاة ، واستدلوا بقوله تعالى « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » (١) وظاهر الآية أنها خاصة بالمتوفى عنهن أزواجهن من النساء .

٢ ـ كما استدلوا بالقياس فقالوا «إن هذا النص المذكور معقول المعنى ولابد أن يكون فى المتوفى عنها زوجها من المعانى ما اقتضى إجازة الخطبة بالتعريض بالنسبة لها وهذه المعانى منها أن عدتها محدودة المدة بالأشهر أو بوضع الحمل وكلاهما لا يمكن أن يجرى فيه الكذب فليست عدتها بالأقراء حتى يمكن أن تدعى انتهاءها وهى لم تنته لتجيب رغبة الخاطب في الزواج ومنها أنها لا تقيم فى بيت الزوجية وتستطيع الخروج وعلى ذلك يمكنها أن تستقبل الخاطب فى مسكنها من غير خروج وهذه المعانى من شأنها أن تجعل خطبتها ممكنه ولم يجز التصريح لأن مقتضى القاعدة الفقهيه ألا تجوز الخطبة أصلاً لا تصريحاً ولا تعريضاً ولكن أجيز التعريض استثناء بالنص فيقتصر على مورد النص لا يعدوه ولأن الخطبة الصريحة تنافى الإحداد على الزوج والزواج السابق وقد يكون فيه حرج

---

(١) البقرة : ٢٣٥

لأقارب المتوفى (١) .

أما المعتدة من وفاة :

فيجوز خطبتها بطريق التعريض بشرط ألا تتزوج فى الحال . لقوله تعالى « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم » (٢) . والمراد بالنساء في الآية المعتدات من وفاة لأن الآية السابقة عليها فى شأنهن .

والحكمة فى جواز خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً هى أن الزوجية التى كانت بينها وبين زوجها قد انقطعت بوفاة زوجها فلا عودة للزوجية مرة أخرى . كما أنه لا يتصور حصول نزاع وشقاق بين الزوج المتوفى وبين الخاطب كما أنه لا اعتداء على حق الغير .

أما خطبتها تصريحا لا يجوز : والسر فى عدم الجواز هو مراعاة حالتها من الحزن والحداد على وفاة زوجها ومراعاة شعور أقارب المتوفى حتى لا يتأذوا بخطبة زوجة مورثهم التى لا تزال فى العدة بطريق التصريح (١) .

الشرط الثانى : ألا تكون المخطوبة سبق لشخص خطبتها فإذا كانت مخطوبة للغير لا يحل لخاطب آخر خطبتها لأن ذلك منهى عنه حيث يقول ﷺ : «لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته ولا يسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما فى إنائها» . ويقول ﷺ أيضا : «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك» . ولأن الإسلام دعا إلى الوحدة والوئام ونهى عن كل ما يوجد حقداً أو ضغينة ولاشك أنه إذا خطب الرجل على

---

(١) أنظر عقد الزواج وآثاره للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ٧٥

(٢) سبق تخريج الآية .

(٣) أنظر الأحوال الشخصية للشيخ محمد عمر عبد الله ص ٤٧

خطبة أخيه أوجد ذلك نفرة شديدة بينهما (١) .

أثر الخطبة المحرمة في العقد :

إذا خطب الرجل على خطبة أخيه وتم العقد بذلك أيصح العقد أم لا يصح؟ فقال الظاهرية لا يصح العقد مطلقاً لظاهر النهي في الحديث ولا يمكن أن ينهى الشارع عن أمر ويعترف بصحته (وصحة العقود تقوم على ترتيب الشارع آثارها عليها) . وكيف يرتب الشارع حكماً على أمر قد نهى عنه .

أما الجمهور وأكثر الشيعة يقولون بصحة العقد في هذه الحالة مادام مستكملاً لأركانه ومستوفياً لشرائطه الشرعية وترتب عليه جميع آثاره وأحكامه . لأن النهي ليس مصاحباً للعقد بل كان في أمر سابق عليه وعلى فرض أن النهي يقترن بالعقد فليس العقد هو محل النهي إنما الخطبة هي محل النهي وليست الخطبة جزءاً من العقد ولا مقدمة ضرورية له فالعقد من غير خطبة سابقة يجوز .

لكن يلاحظ أن من يرتكب مثل هذا (أي إذا خطب الرجل على خطبة أخيه) يكون آثما ديانة فيستحق العقاب على ذلك في الآخرة . لكن لا أثر لهذه الخطبة المحرمة على العقد كما علمت من مذهب الجمهور وهو ما عليه العمل في المحاكم (٢) .

هل مقدمات الزواج تعتبر عقداً للزواج ؟

إذا تمت الخطبة واستوفت شرائطها السابقة أو اتفق الطرفان على المهر أو قراءة الفاتحة أو تقديم الشبكة وما أشبه ذلك مما يدل على رضا الطرفين

---

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٦ / ٦٩٦ ، ٦٠٧ .

(٢) أنظر عقد الزواج وآثاره لأستاذنا المرحوم/ الشيخ محمد أبو زهرة

أو وليهما بالزواج . فلا يعتبر كل ذلك عقداً ولا أثر له فى لزوم حكم من أحكام الزواج لأن كل ذلك مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته ولا يكون نقض الخطبة نقضاً لعقد زواج إنما مجرد خلف لوعد يترتب عليه معصية نقض العهد . لكن من الناحية الخلقية لا يجوز للخاطب أن يعدل عن الخطبة إلا إذا وجد سبب قوى يستدعى فسخ الخطبة .

وكما لا تأثير للخطبة الصحيحة على استحداث العقد فكذلك لا تكون الخطبة التي لم تستوف شرطاً من شروطها اللازمة مؤثرة على العقد الحادث بعدها كما تقدم . فإذا ما خطب شخص امرأة لا تزال في العدة أو خطب على خطبة أخيه وبعد انقضاء العدة عقد زواجه على تلك المرأة التى خطبها وهى فى عدتها صح العقد وتم الزواج مادام قد استكمل أركانه وشرائطه الشرعية وترتب عليه جميع آثاره وأحكامه . وهذا ما عليه الجمهور من الفقهاء (١) .

ما هى الآثار المترتبة على فسخ الخطبة ؟

إذا تمت الخطبة فقد تأخذ الزوجة من زوجها هدايا وقد تقدم له هدايا كما قد يقدم لها معجل الصداق . فإذا عدل الخاطب عن الخطبة ولم يكن ثمة عقد فإن له باتفاق الفقهاء استرداد ما دفعه من مهر وذلك بأخذ عينه إن كان قائماً أو أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً . لأن المهر يجب بالعقد ولم يوجد وإنما الخطبة مجرد وعد كما تقدم .

ولو حدث أن المخطوبة قد أغدت بهذا المهر بعض الجهاز الذى تعده عادة لإستقبال الحياة الزوجية وفى هذه الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها وقد يرهقها من أمرها عسراً فيجوز للزوجة فى هذه الحالة أن تعطيه بدل

---

(١) المجموع للنووى ٥ / ٤١٦ ـ ١٧ ، المغنى لابن قدامة ٦ / ٦٠٧

المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء . وهذا ما جرى عليه العمل فى مصر حيث تقول المادة ١٨ فى إحدى فقراتها «إذا اشترت المرأة بالمهر جهازاً أو بعضه ثم عدل الخاطب . للمرأة الخيار بين رد المهر نقداً أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء» .

أما الهدايا التى يكون قد قدمها الخاطب أو المخطوبة :

فقال الحنفية :

تعتبر الهدايا فى هذه الحالة فى حكم الهبة .

وللواهب أن يرجع عن هبته فيستردها من الموهوب له ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة (١) .

فإذا كان ما أهداه إليها موجوداً فى يدها ولم يوجد ما يمنع من الرجوع كعقد مثلا فللخاطب حق الإسترداد . أما إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة بأن هلكت أو استهلكت فليس له حق المطالبة .

وقال الشافعية فى بعض أقوالهم :

إن المُهدى له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة ويعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت . لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج وقد أبعد فزال السبب الذى حمل على الإهداء وإذا زال السبب كان له حق الإسترداد .

والذى عليه الفتوى فى مذهب مالك (٢) هو أن يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر فإن كان الذى هو أهدى هو الذى عدل عن الخطبة

---

(١) وموانع الرجوع فى الهبة : زيادة الموهوب ـ موت الواهب أو الموهوب له العوض عن الهبة ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له ـ الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة ـ القرابة المحرمية بينهما ـ هلاك العين الموهوبة فى يد الموهوب له .

(٢) الشرح الكبير ٢ / ٢١٩

فليس له أن يسترد منه شيئا ولو كانت الهدايا قائمة حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألمان ألم العدول وألم الإسترداد ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى فى نقض ما تم من جهته كان سعيه مردوداً عليه . أما إذا كان المهدي هو الطرف الذى لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدي سواء أكان قائماً أم هالكاً أو مستهلكاً ويرد القائم بعينه والهالك أو المستهلك بعوضه .

وهذا ما جرى عليه قانون الأحوال الشخصية فى مصر سنة ١٩٥٦ حيث نصت المادة (١٨) الفقرة الثانية :

«وللمهدى أن يرجع بما قدمه من هدايا عيناً أو قيمتها نقداً وقت الشراء إذا هلكت أو استهلكت وذلك إذا كان العدول من جانب الطرف الآخر وليس له أن يسترد شيئا إذا كان العدول من جانبه» .

هل يحكم بالتعويض إذا فسخت الخطبة ؟

المجتمع الإسلامى لا يظهر فيه الخاطبان بمظهر الزوجية ، ولا يدع مجالاً للإختلاط المريب فآدابه لا تسمح بأكثر من رؤية بعض الأعضاء الظاهرة من المخطوبة وبحضور محرم لها ، وبعد أن يعلم أنه يجاب إلى طلبه .

ولكننا أصبحنا فى هذا العصر المتطور بالعادات الغربية والزاخر بإختلاط النساء والرجال فى كل نشاط حيوى . فصار العدول عن الخطبة مجلبة للضرر ، ولم يجد الناس فى عرض حوادثه على المحاكم أى غضاضة أو حرج .

ولم يبق الأمر مقصوراً على رد ما يجعل من مهر أو يقدم من هدايا ، بل من المعهود اليوم أن يطلب الخاطب جهازاً من نوع خاص تشتريه المخطوبة لتأثيث بيت الزوجية المشتركة . وأن تكلفه هى شراء الكثير الغالى من أدوات البيوت ثم يكون العدول ويقع الضرر إذ لا يتيسر لأحدهما الإنتفاع الصحيح

بما اشتراه . فما هو عمل المحاكم ، وما هو رأى الشريعة .

١ـ قضاء المحاكم :

اختلف قضاء المحاكم ، ارتضت بعض المحاكم بأنه لا مسئولية مطلقاً على الخاطب الذى يعدل عن إتما الزواج .

ـ لأن العدول فى أحكام الشريعة إباحة مطلقة ، والإباحة تنافى الضمان .

ـ ولأن الزواج بناء إجتماعى لتوفير السعادة والسلام الأسرى ولا يتحقق ذلك بإنعقاده بالرضا الخالص . وفى التعرض للتضمينات أهم شوائب الرضا بالزواج .

ـ ولأن بحث أسباب الفسخ وظروفه يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والإعتبارات اللصقية بحرمات الناس .

ـ ولأن من أصابه الضرر ، كان عالماً بأن للطرف الآخر الحق المطلق فى العدول عن الخطبة فى أى وقت ، فإذا ما أقدم على شئ بناء على الخطبة ، كإعداد المسكن أو الجهاز فهو الذى قصر ولم يحتط لنفسه لما عساه أن يلحقه من الضرر إذا فسخت الخطبة بعدول الطرف الآخر عنها ، إذ كان الإحتياط يوجب عليه أن يطلب قطع الخطبة أو إمضاء العقد قبل الإقدام على أى عمل يترتب عليه حصول ضرر له إذا ما فسخت الخطبة . فإذا لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله ومغبة تقصيره وعدم احتياطه من غير أن يشركه أحد فى ذلك .

٢ـ قضت بعض المحاكم الأخرى بالتعويض ، ولا سيما إذا تسببت الخطبة فى مصروفات أو سبق العدول اتصال جنسى بين الطرفين .

ـ لأن جواز العدول هو لتفادى زواج لا يحقق الغاية المرجوة منه . فلا تحمى

الشرائع عدولاً طائشاً خالياً مما يبرره .

- والقضاء لا يستطيع أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التى يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر إحتجاجاً بدقة وصعوبة تقدير الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمات ، فما كانت دقة النزاع تمنع اختصاص القضاء بنظره وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شئ أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الإنسان وهو الذى من أجله شرعت كافة القوانين .

- أما خسارة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فهي ليست إلا مقابلاً للطلاق في ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يوجب المسئولية المدنية .

٣ - وأخيراً : استقر القضاء فى هذا الموضوع على ما يأتى :

أ - الخطبة تمهيد للزواج وليست عقداً ولا إلزاماً به .

ب - مجرد العدول عنها لا يوجب التعويض .

ج - وجوب توافر شرائط المسئولية التقصيرية للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة ، بأن يقترن العدول بفعل خاطئ فى ذاته ومستقل عنه من أحد الطرفين يترتب عليه ضرر أو أدبى للطرف الآخر .

وقد قررت ذلك محكمة النقض بحكمها فى الطعن رقم ١٣ س ٩ قضائية بتاريخ ١٤ / ١٢ / ١٩٣٩ فقالت : إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء ، خصوصاً وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه بإعتبار أنهما مجرد وعد فعدول .

قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين . فإنها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض .

معيار الخطأ التقصيري الذي يوجب التضمين :

معيار الخطأ التقصيري هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسئولية التقصيرية ، لأنه ألحق ضرراً بصاحبه . والضرر إما مادي وهو : إخلال محقق بمصلحة ذات قيمة مالية : وإما أدبي وهو : الذي لا يصيب الشخص في ماله .

ومن أحوال الضرر الأدبي ما يصيب الشرف ويضر بالسمعة ، ويمس كرامة الشخص واعتباره بين الناس .

ولم تختلف المحاكم في تعويض الضرر المادي الذي ينشأ عن عدم عقد الزواج ولكن بعض المحاكم ذهب قديماً إلى أنه لا تعويض في الضرر الأدبي ، لأن الشرف لا يقوم بمال ، لكن لم يلبث هذا الرأي أن ترك واستقر القضاء على عكسه ، وأن الضرر الأدبي قابل للتعويض المالي ، ثم جاء القانون المدني الحالي رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ مؤكداً ذلك في المادة رقم ٢٢٢ ، فنص فيها على أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضاً :

وقد قضت محكمة مصر الكلية في ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ ، بأن الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة ، فإذاعتها

فى محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل فى طريق حياتهن ، ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض فى الشريعة .

إن نظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة في التشريعات المدنية ، لا تعدوا تكون جزءاً من نظرية الضمانات بالتعدى أو الإتلاف أو التسبب فى الفقه الإسلامى تلك النظرية التى تعتبر أشمل من كل فقه قانونى آخر . والأصل فيها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فهذا الحديث الصحيح ، قد نفى الضرر والضرار نفياً عاماً .

والضرر إلحاق مفسدة بالغير ، والضرار مقابلة الضرر بالضرر ، فوجب أن يمنع ضرر الغير مطلقاً . فلا يلحق به ضرر لا ابتداء ولا جزاء ، وسواء أكان مادياً أم أدبياً .

فمن أوقع ضراراً على غيره فى مال أو شرف يحكم عليه بتعويض مالي ، ثم يعطى هذا التعويض المالي للمضرور ، لترميم الضرر وإزالة آثاره ، وهذا واضح كل الوضوح فى الضرر المادى .

أما الضرر الأدبي فإنه يقصد بالتعويض فيه ، أن ينال المضرور بديلاً عما أصابه من ضرر ، فالخسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب مالى يعوض عنها ، وهذا هو معنى تعويض الضرر الأدبى ، فمن أصيب فى شرفه وكرامته جاز أن يعوض بما يرد اعتباره بين الناس ، وقد وكلت الشريعة تقدير التعويض إلى القاضى الذى يستهدف فى عناصر حكمه ، بمبلغ الضرر وبالعرف وبمنزلة المضرور (١) .

---

(١) الأخذ الفقهى فى تعويض ما يتصل بالشرف هو مذهب الإمام الشافعى . فإنه يجيز الاعتياض عن حد القذف بأخذ العوض من القاذف نظراً إلى جانب حق المقيد فى هذا الحد .

ومما سبق يتبين أنه متى توافرت أركان المسئولية التقصيرية الثلاثة وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر ، فإن حكم الإسلام يكون هو التعويض في الضرر بنوعيه المادي والأدبى .

بيد أن الشرع لا يستظل بحمايته من يخالفه ، فإذا خرجت المخطوبة مع خاطبها إلى المتنزهات وإلى النوادى ودور اللهو ، وعرضت بذلك سمعتها للأقاويل .

ثم جاءت بعد العدول عن الخطبة ، تطالب بالتعويض الأدبى عما مس كرامتها ونال أسرتها، فإن دعواها لا تقبل ، لأن الضرر مبناه مخالفة شرع الله والأثم الذى اقترفه وأسهمت به ، وهيهات أن يشجع الإسلام على مخالفة أحكامه بتعويض الأثمين الخارجين على تعاليمه .

هذه هى أحكام مقدمات الزواج وما يترتب عليها من آثار ، وقد أطلنا فيها الكلام نظراً لما لها من الخطورة على مستقبل الحياة الزوجية ، وليكون كل من الخطيبين على علم تام بما له وما عليه ، حتى إذا لم يلتزمها وفشلت حياته الزوجية فلا يلومن إلا نفسه ،

وحكمت بعض المحاكم الإبتدائية :

بتعويض من أصابه ضرر بسبب العدول عن الخطبة ، وأسست حكمها على سوء استعمال الحق وترتب الضرر على ذلك لأنه من القواعد الشرعية المقررة «أن لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يزال » .

وإزالته هنا بتعويض من لحقه الضرر بسبب فسخ الخطبة فيجب على من عدل عنها بدون مبرر تعويض الضرر الناشئ عن عدوله وإن كان استعمل حقه الشرعى فى العدول (١) .

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله والشيخ محمد أبو زهرة ٧٥ ود/ محمد البلتاجى ص١٦٥

ما الحكم إذا تنازع الطرفان بعد فسخ الخطبة فيما قدم؟

إذا فسخت الخطبة وتنازع الطرفان فيما قدم . فالخاطب يدعي أنه من المهر ليثبت له حق الرجوع عليها في جميع الأحوال وادعت المخطوبة أنه هدية حتى لا يحق للخاطب الرجوع عليها به إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة . فيعتبر في هذه الحالة كل منهما مدعياً ومنكراً فأيهما أقام بينة على دعواه حكم له لأنه أثبت دعواه بالحجة والبينة بدون معارض . وإن أقام كل منهما بينة على ما ادعاه رجحت بينتها وحكم لها . لأن بينتها أثبت خلاف الظاهر والبينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر والظاهر هنا مع الخاطب وهو أن المرء يسعى أولاً في أداء الواجب عليه لإبراء ذنبه منه والواجب هنا المهر ثم يهدى ويتبرع . وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة حكمنا العرف فمن شهد له العرف فالقول قوله بيمينه وحكم له إذا حلف اليمين وإن نكل عن اليمين حكم للآخر بدعواه لأن النكول عن اليمين اقرار بدعوى الخصم .

وإذا لم يوجد عرف أو وجد عرف مشترك بأن كان عرف بعض الناس جار على أن ما قدمه إليها أثناء الخطبة يعتبر من المهر وعرف البعض الآخر يعتبر هدية فالقول للخاطب بيمينه لكونه المعطى فهو أدرى بما أعطاه إن كان مهراً أو هدية إلا إذا كان ما قدمه إليها مما يستنكر في العرف أن يكون مهراً كالطعام المهيأ للأكل فلا يكون القول قوله بل قولها . لأن الظاهر في هذه الحالة أن ما قدمه إليها هدية لا مهر . والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه (١) .

---

(١) أنظر المرجع السابق

إنشاء عقد الزواج

كل عقد من العقود له أركان وشروط وعقد الزواج كغيره من العقود له ركنان هما الإيجاب والقبول اللذان يصدران من العاقدين يرتبط أحدهما بالآخر فيتحقق العقد ، وكل عقد لابد له من عاقدين وصيغة ومعقود عليه فالعاقد من يباشر العقد لنفسه أو لغيره ، والصيغة هي الإيجاب والقبول - وقد يكون المعقود عليه أحد العاقدين في الزواج إذا باشرته المرأة بنفسها فهي عاقدة ومعقود عليها .

والإيجاب :

هو الكلام الصادر أولاً من أحد المتعاقدين سواء أكان من الزوج أم الزوجة.

والقبول :

هو الكلام الصادر من العاقد الثاني بعد كلام الموجب كما إذا قالت المرأة زوجتك نفسي فقال الرجل قبلت أو رضيت . فكلام الزوجة يكون إيجاباً وكلام الزوج يكون مقبولاً .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول :

الأصل في كل عقد من العقود أنه ينعقد بكل ما يدل على إرادة المتعاقدين سواء أكان ما يدل على هذه الإرادة لفظا أم كان غير لفظ وسواء أكان اللفظ صحيحا في اللغة التي يتخاطب بها المتعاقدان أم لم يكن ، لأن العبرة في الشريعة الإسلامية بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، غير أن الأفضل (مع هذا) أن يقع الإيجاب والقبول في عقد الزواج بألفاظ صحيحة دالة على المعني كقول وكيل الزوجة أو وليها زوجتك فلانة وكقول الزوج أو وكيله قبلت .

وجريا على الأصل الذى قررناه يقع الإيجاب والقبول بألفاظ محرمة كقول ولى الزوجة جوزتك فلانة لأن مثل هذه الألفاظ لما أصبحت لغة يتعارفها الناس ويستعملونها للدلالة على المعنى المقصود من العقد ويفهمون منها هذا المعنى إذا سمعوها ، من أجل هذا اعتبرتها الشريعة كذلك .

★ولا يشترط كون العبارة المستعملة في الإيجاب والقبول من عبارات اللغة العربية ، بل يتم العقد بكل لغة من لغات العالم متى كان المتعاقدان وشهود العقد يفهمون هذه اللغات وكانت العبارات المستعملة تؤدى المعنى الذى يقصد من العقد .

★كذلك لا تشترط الشريعة أن يتولي العقد رجل من رجال الدين بل الأصل أن يتولاه الزوجان بأنفسهما أو بوكيلهما أو بوليهما أو بوكيل أحدهما وولي الآخر .

وهذا الحكم فى شريعة اليهود حيث لا تتوقف صحة انعقاد الزواج على حصول العقد فى مكان مخصوص كما لا تتوقف على حضور أحد رؤساء الدين ولكنهم يحرمون العقد فى يوم السبت وفى أيام الأعياد ولا شئ من ذلك بمحرم الإسلام .

أما المسيحيون : فيشترطون لصحة العقد عندهم أن يكون على يد الكاهن ويشترطون أن تتقدم عليه الخطبة . ومنهم من يسمى الخطبة عقد الإملاك ويشترط كثير منهم إعلان الخطبة ولا يخير هؤلاء إتمام العقد إلا بعد أن تمضى مدة على هذا الإعلان حتى يغلب على الظن أنه لا اعتراض لأحد على زواج هذه المرأة بهذا الرجل .

هل ينعقد العقد بإشارة الأخرس ؟

إشارة الأخرس المفهمة تقوم مقام العبارة ينعقد بها العقد ثم إن كان

الأخرس لا يحسن الكتابة فلا خلاف في أن إشارته كافية .

وإن كان يحسنها (أي الكتابة) فقد اختلفت الرواية في مذهب الحنفية فعلى رواية الأصل لا تكفي الإشارة حينئذ لأن الكتابة أدل على المراد وأبعد من الإحتمال وقد أمكنت فلا داعي إلى العدول فيها ، وعلى رواية الجامع الصغير تكفي إشارته مع كونه يحسن الكتابة لأن العبرة بحصول المقصود (وهو الإفهام) والمقصود يحصل بها . وقد رجح كثير من العلماء رواية الأصل واعتمدوها في المذهب ونرى أن يؤخذ بها ولا يعدل عنها لما ذكرنا .

هل ينعقد العقد بالكتابة ؟

يصح العقد بالكتابة وتقوم الكتابة في هذه الحالة مقام المشافهة بشرط ألا يكون الزوجان حاضرين في مجلس واحد .

ومعنى هذا أنه إذا كان الزوجان حاضرين في مجلس واحد لم يصح العقد بينهما إلا بالمشافهة لأن العدول عن المشافهة إنما جاز إذا كان الزوجان غائبين عن مجلس العقد وعند حضورهما لا تتعذر المكالمة فلا يعدل عنها .

وصورة المكاتبة :

أن يكتب رجل إلى امرأة خطاباً يقول فيه زوجيني نفسك أو ما يدل على معنى هذه العبارة . فإذا وصل إليها المكتوب أحضرت شاهدين وقرأت عليهما الخطاب أو حدثتهم بمضمونه ثم قالت : واشهدا أنني زوجت نفسي منه فإن لم تقرأ الخطاب على الشهود ولم تقرئه غيرها ولم يتحدثهم بمضمونه واكتفت بأن تقول : اشهدا أنني زوجت نفسي من فلان لم يصح العقد . والسر في ذلك : أن الشهود يجب أن يسمعوا عبارة الزوجين أو من

يقوم مقامهما أو يسمعوا ما يدل على عبارتها كالمكتوب فى الخطاب أو مضمونه فإذا لم يحصل واحد من الأمور الثلاثة لم يكونوا قد سمعوا إلا عبارتها هى فلم يحصل شرط الشهادة وبإسماعهم نص الكتاب منها أو من قارئ آخر أو إسماعهم مضمونه وانضمام عبارتها إلى واحد من هذه الأمور الثلاثة يكونون قد سمعوا عبارة العاقدين أو ما يقوم مقامهما فيحصل شرط الشهادة . ومثل ذلك يقال فيما لو كانت هى المرسلة إليه بالخطاب .

هل يصح العقد بإرسال رسول ؟

وإرسال الرسول مثل الكتابة فلو أن رجلاً أرسل إلى امرأة برسول يقول لها: فلان يقول لك زوجينى نفسك فقالت: قد زوجته نفسى وكان بحضره شاهدين سمعا كلام الرسول وجوابها فقد صح هذا العقد ومثل ذلك يقال فيما لو كانت هى المرسلة وقبل هو بحضره شاهدين .

كذلك لا ينعقد الزواج بالتعاطي :

فإذا قالت امرأة لرجل بحضور شاهدين : زوجتك نفسى بألف جنيه فدفع لها المبلغ فى المجلس بدون أن يقول شيئا يدل على قبول الزواج بها فلا ينعقد الزواج .

انعقاد الزواج بعاقد واحد :

الأصل فى العقود أن يتولى إنشاءها عاقدان ينشئ أحدهما الإيجاب والآخر القبول ولم يسغ أن يتولى عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين فى العقود المالية إلا فى أحوال استثنائية مثل أن يبيع الأب لإبنه أو أن يشترى من ابنه الذى هو فى ولايته (أما) فى عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء فى انعقاده بعبارة الشخص الواحد على أقوال كثيرة أرجحها أنه يصح أن ينعقد الزواج من الشخص الذى له حق تمثيل الطرفين عند إجراء العقد .

أما إذا لم يكن له حق تمثيل الطرفين بل يمثل طرفاً واحداً لم ينعقد الزواج بعبارته وحده . وإنما يكون الشخص له حق تمثيل الطرفين إذا كانت له صفة شرعية عند إجراء العقد وهذه الصفة بأصالته أو ولايته أو وكالته ولا يكون الشخص له حق تمثيل الطرفين أو أحدهما إذا انعدمت في حقه الصفة الشرعية عند إجراء العقد بأن كان فضوليا من الجانبين أو من جانب واحد .

وقد أجاز هذا الرأى انعقاد الزواج بعبارة الشخص الواحد فى الأحوال الآتية :

١ - إذا كان وكيلاً عن الرجل والمرأة فمن وكل رجلا أن يزوجه ووكلته امرأة أن يزوجها فزوج الرجل المرأة بحضره الشهود صح العقد .

٢ - أو كان وكيلا من جانب وأصيلا من جانب آخر : بأن توكل امرأة رجلا فى أن يزوجها من نفسه فيقول الرجل بحضره الشهود وكلتنى فلانه بنت فلان أن أزوجها من نفسى فاشهدوا أنى تزوجتها .

٣ - أو يكون ولياً من جانبين كأن يزوج الجد الذى له الولاية على ابن ابنه وبنت ابنه فيقول: زوجت ابن ابنى فلان من بنت ابني فلانه .

٤ - أو يكون ولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر . كأن يوكله رجل أن يزوجه بنته الصغيرة التى فى ولايته فيزوجه إياها بحضور الشاهدين .

٥ - أو يكون ولياً من جانب وأصيلاً من جانب آخر كأن يزوج نفسه من ابنه عمه التى هى فى ولايته .

وحجة هذا الرأى (القائل بصحة العقد إذا كان العاقد واحداً وله صفة شرعية) . ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ: قال لرجل أترضى أن أزوجك فلانه ؟ قال نعم . وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت نعم . فزوج أحدهما صاحبه . فهذا الحديث يدل على جواز تولى

الواحد طرفي العقد إذا كان وكيلاً للجانبين كما فعل رسول الله ﷺ فقد ولي طرفي العقد بنفسه عندما أذن الرجل والمرأة في زواج كل منهما بصاحبه وفعله يدل على الجواز .

واستدلوا أيضاً بما رواه البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم أتجعلين أمرك إلي . قالت نعم . قال: فقد تزوجتك ففي هذا الأثر ما يدل على جواز أن يكون العاقد أصيلا من الجانبين ووكيلا من الجانب الآخر . وما عدا هاتين الصورتين ينعقد الزواج فيها بالعاقد الواحد بطريق القياس عليهما لاشتراكهما في المعنى وهو أن العاقد له صفة شرعية في الجميع (١)

شـــروط الـزواج

للزواج شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم ونتكلم عن كل نوع من هذه الشروط .

أولاً : شروط انعقاد الزواج :

أي الشروط التي يتم العقد بوجودها وينعدم بإنعدامها .

وشروط الإنعقاد تتنوع إلى نوعين ، لأن منها ما يرجع إلى العاقد ومنها ما يرجع إلى مجلس العقد .

أ ـ أما ما يرجع إلى العاقد من شروط الإنعقاد فشرط واحد وهو أن يكون العاقد عاقلا ، فلا ينعقد الزواج إذا كان العاقد مجنونا أو صبيا لا يعقل لأن كل واحد منهما ليس أهلا للتصرف .

ب ـ وأما ما يرجع إلى مجلس العقد من شروط الإنعقاد فثلاثة شروط :

---

(١) أنظر في أحكام عقد الزواج للشيخ الإمام أبو زهرة ٨٨ .

الأول : أن يتحد المجلس الذى صدر فيه الإيجاب والقبول إذا كان العاقدان حاضرين فلو اختلف المجلس وهما حاضران بأن أوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يعتبره العرف انصرفا عن الإيجاب لم ينعقد الزواج أما إذا كان أحد العاقدين غائبا عن المجلس . كما لو قال رجل : إني زوجت نفسي من فلانه وليست فلانه حاضره بمجلس العقد فبلغها ذلك في مجلس أخر فقالت : قبلت فإن هذا الزواج ينعقد إذا وقع مستكملا شروطه التى أسلفنا بيانها .

وليس الفور شرطا في انعقاد الزواج عند أبي حنيفة وأصحابه ومعناه أن يقع القبول عقيب الإيجاب بدون فاصل أصلا ولكن الشرط عندهم ألا يظهر من القابل ما يدل عرفا على الإعراض عن القبول . لأن الفاصل إما أن يكون بعمل من الأعمال المتعلقة بالعقد كأن يكون استفهاما من القابل عن المهر أو نحو ذلك وإما لا يكون كذلك ، فإن كان الفصل اشتغالا بعمل من الأعمال المتعلقة بالعقد صح العقد وإن كان بعمل أجنبي عن العقد بحيث يعتبره العرف إعراضا عنه لم ينعقد الزواج ، واشترط الشافعي رحمه الله لإنعقاد الزواج حصول القبول من فور حصول الإيجاب والحجة عليه أن الإشتغال بما هو متعلق بالعقد هو في الحقيقة اشتغال بالعقد نفسه لأنه من تمامه فلا يكون قاطعاً له (١) .

الشرط الثاني : أن يسمع كل واحد من العاقدين كلام الآخر ويفهم ما يراد به . فلا ينعقد الزواج إذا كان أحد العاقدين ولا إذا كان أحدهما لا يفهم المراد بهذا الكلام انعقاد الزواج ولو لم يفهم معاني المفردات ولا معني التركيب فإنه يصح .

---

(١) المهذب ٢ / ٤٤

الشرط الثالث : ألا يخالف القبول الإيجاب في شئ يعد عند التحقيق مخالفة ، ذلك بأن يختلف المعقود لهما أو أحدهما أو يكون ما ذكر في عبارة القبول شراً مما ورد في الإيجاب سواء أكانت المخالفة في كل جزء من أجزاء الإيجاب أم كانت في بعض أجزائه دون بعضها الآخر .

فمثال ما حصل الإتفاق فيه بين جميع أجزاء الإيجاب والقبول أن يقول الزوج لولي الزوجة : زوجني ابنتك علية على مهر قدره ألف جنيه فيقول ولي الزوجة : زوجتك ابنتي علية على مهر قدره ألف جنيه فهذا يصح .

ومثال ما حصلت المخالفة فيه بين جميع أجزاء الإيجاب والقبول أن يقول ولي الزوج لولي الزوجة: زوج ابنتك أسماء لإبني خالد على مهر قدره ألف جنيه فيقول ولي الزوجة : زوجت ابنتي خديجة لأبنك محمود على مهر قدره ألفين من الجنيهات فهذا لا يصح .

ومثال ما حصلت المخالفة فيه بين بعض أجزاء الإيجاب وبعض أجزاء القبول أن يقول ولي الزوج : زوج ابنتك علية لإبني محمد على مهر قدره ألف جنيه فيقول ولي الزوجة زوجت ابنه أخي عائشة لإبنك محمد على مهر قدره ألف جنيه فهذا لا يصح أيضا .

ومثال المخالفة إلي خير مما في الإيجاب أن يقول الزوج للزوجة مثلا زوجيني نفسك على مهر قدره ألف جنيه فتقول: زوجتك نفسي على مهر قدره خمسمائة جنيه فيتم العقد على هذه الصورة لأن المخالفة فيه إلي خير بالأقل ولا يلزم الزوج إلا الأقل إلا إذا قبلت الزوجة الزيادة التي زادها هو في مجلس العقد فإن هذه الزيادة تلزمه وتصبح جزءاً من المهر المسمى .

صيغة العقد :

يشترط لإنعقاد الزواج أن تكون صيغته منجزة غير مضافة إلي زمن مستقبل ولا معلقة على شرط غير موجود وقت العقد .

معنى ذلك: أن الصيغة إما أن تكون منجزة ، وإما أن تكون معلقة على شرط ، وإما أن تكون مضافة إلى شرط ، وإما أن تكون مضافة إلي الزمان المستقبل .

فهذه أربعة أنواع وسنتكلم على كل نوع منها على حدة ونبين حكمه :

١) **العقد المنجز وحكمه :**

العقد المنجز هو الذي لم تزد فيه العبارة المستعملة في إنشائه عما يدل على الإيجاب والقبول فلم يقيد الإيجاب ولا القبول بشرط ولم يضف إلي زمان مستقبل ولم يعلق على شرط .

وبعبارة أخرى :

أن تصدر الصيغة عن العاقدين مطلقة غير مقيدة بشئ أصلا كأن يقول الزوج للزوجة تزوجينى على مهر كذا ، أو لا يذكر المهر أصلا فتقول له تزوجتك على ذلك أو قبلت ، وحكم هذا القيد أنه يقع صحيحا إذا استوفى شرائط وأركانه الشرعية .

٢) **العقد المعلق وحكمه :**

والمعلق على شرط هو الذى علق فيه الإيجاب والقبول أو كلاهما على مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط المعروفة مثل أن يقول إنسان لأخر: إن رافقتنى فى السفر إلى مكة فقد زوجتك بنتى فيقول الآخر قبلت ، فأنت ترى أن إيجاب الزوج فى هذه العبارة قد علق على مضمون جملة أخرى وهو المرافقة فى السفر إلى مكة بأداة من أدوات الشرط وهى إن .

وفى هذا النوع من العقد تفصيل . وذلك لأن الشرط الذى علقت الصيغة عليه إما أن يكون واقعا بالفعل حين العقد . وإما أن يكون غير واقع بالفعل ، ثم إن كان غير واقع بالفعل حال العقد فإما أن يقع بالفعل قبل أن يتفرق

المتعاقدان من مجلس العقد وإما ألا يقع . فإن لم يقع فإما أن يكون مستحيل الوقوع فى المستقبل . وإما أن يكون ممكن الوقوع فى المستقبل . فهذه أربعة أحوال .

فإن كان الشرط الذى علقت الصيغة عليه واقعا بالفعل حال العقد . وذلك كأن يقول الزوج للزوجة : إن كنت بكراً فقد تزوجتك . فتقول قبلت . وكانت بكرا فى الواقع . فهذا العقد صحيح تام وذلك لأن التعليق فى الواقع صورى والعقد عند التحقيق منجز ومثل ذلك ما إذا وقع الشرط الذى علقت الصيغة عليه فى مجلس العقد قبل أن يتفرق المتعاقدان . مثل أن يقول الزوج للزوجة تزوجينى على مهر قدره كذا فتقول له : إن رضى أخى الأكبر بهذا المهر قبلت ويكون أخوها فى المجلس فيقول قبلت هذا المهر . وإنما اعتبر ذلك صحيحا تاما لكونه قد صار فى حكم المنجز بسبب وجود المعلق عليه وتحققه فى المجلس .

وإن كان الشرط الذى علقت عليه صيغة العقد مستقبلا : أى غير متحقق الحصول قبل وقت العقد ولا فى مجلسه وكان ذلك ممكن الوقوع بحيث

يحتمل وقوعه فى المستقبل ، ويحتمل عدم وقوعه كان عقد الزواج الذى علق عليه غير صحيح وذلك كأن يقول الزوج : إذا جاء فصل الربيع ونزل المطر فقد تزوجتك على مهر قدره كذا فتقول قد قبلت . ومثل ذلك : أن يكون الشرط غير ممكن التحقق فى المستقبل كأن يقول الزوج للزوجة إن طرت فى الهواء أو مشيت على الماء فقد تزوجتك فتقول له قبلت . ومثل ذلك ما إذا علق انعقاد الزواج على زمان مستقبل كأن يقول الزوج إذا جاء شهر مايو فقد تزوجتك فتقول قد قبلت . كل ذلك لا يصح العقد معه لأن الزواج من عقود التمليكات لأنه يملك كل واحد من الزوجين التمتع بالآخر وجميع عقود التمليكات كالبيع لا تقبل التعليق على الخطر وهو ما كان معدوماً فى وقت العقد ويمكن حصوله فى المستقبل .

العقد الذى أضيف إليه شرط وحكم :

أما عقد الزواج المقترن بشرط فهو قد صدرت فيه الصيغة أولاً غير معلقة على شرط ثم أضيف إليها بعد ذلك شرط . ومثاله : أن يقول من يريد الزواج لامرأة : تزوجتك على مهر كذا بشرط ألا أنفق عليك أو بشرط ألا تخرجى من الدار بغير إذنى ونحو ذلك فتقول له : قبلت والفرق بين هذا العقد والعقد المعلق على شرط أن مضمون الصيغة فى العقد المعلق متوقف الوجود على وجود الشرط الذى علق عليه فقول الزوج: إن حضر أبوك من السفر فقد تزوجتك وقولها : قبلت يتوقف حصول الزواج فيه على حصول الشرط وهو حضور أبيها من السفر . بخلاف قوله تزوجتك على ألا تخرجى بغير إذنى وقولها قبلت فإن الزواج ههنا حاصل خرجت بغير إذنه أو لم تخرج وكل ما هنا لك أنه ألزمها شيئا وراء الزواج وأنها التزمته .

اقتران العقد بشرط :

وحكم هذا النوع من صيغ الزواج يحتاج إلى تفصيل . وذلك لأن الشرط الذى أضيف إلى الصيغة إما أن يكون مما يقتضيه العقد أو مما يلائمه أو مما ورد به الشرع أو مما جرى عليه عرف الناس وإما ألا يكون شيئا من ذلك .

فإن كان الشرط الذى أضيف إلى الصيغة مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو كان مما جاء به الشرع أو جرى عليه العرف فإن الشرط يصح ويجب الوفاء به ويصح العقد أيضا .

وذلك كأن يقول الزوج : قد تزوجتك على مهر كذا بشرط ألا تخرجى من الدار إلا بقدر أو بإذن منى ، وكأن تقول الزوجة : تزوجتك بشرط أن يكون مهرى كله معجلا ، أو بشرط ألا أسكن مع ضرة ، أو بشرط أن تنفق على ، أو بشرط أن تعدل فى القسم بينى وبين ضرتى .

وإن كان الشرط الذى أضيف إلى الصيغة مما لا يقتضيه العقد ولا يناسبه ولا ورد به الشرع ولا جرى به العرف العام بطل الشرط وصح العقد ، كأن يقول الزوج للزوجة تزوجينى على ألا أنفق عليك أو على شرط ألا مهر لك أو على شرط أن تنفقى أنت على البيت فتقول فى كل ذلك : قبلت أو تقول الزوجة : تزوجتك على شرط أن أبقى فى دار أبى أو على شرط أن تطلق امرأتك الموجودة فى عصمتك الآن فالشرط فى ذلك كله ونحوه لاغ غير صحيح .

فالشروط غير الصحيحة هى ما ورد من الشارع النهى عنها كما قلنا ، كأن تشترط المرأة على زوجها طلاق ضرتها وهذا لغو لا يعمل به . للنهى الوارد وهو ما رواه أبو هريرة : «نهى رسول الله ﷺ أن تشترط المرأة طلاق ضرتها» .

زواج الشغار :

الشغار : بكسر الشين : فى الأصل مأخوذ من قولهم شغرت البلد تشغر شغورا إذا خلت من السكان . ومنه يقولون هذا عمل شاغر إذا كان لا يتولاه أحد . وقولهم غرفة شاغرة أى خالية .

وقد كان من أنكحه الجاهلية نوع يسمى «زواج الشغار» كان الرجل منهم يزوج رجلا آخر إحدى مولياته ابنته أو أخته على أن يزوجه الآخر إحدى مولياته أيضاً ويجعل كل منهما صداق من يتزوجها بضع التى يلى أمر زواجها وقد أبطلت ذلك الشريعة الإسلامية ونهت عنه .

فقد روى عن نافع بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار فى الإسلام واتفقت كلمة الفقهاء على أنهما إذا لم يشترطا أن يكون بُضع كل واحدة مهراً للأخرى بأن قال أحدهما : زوجتك موليتى فلانه على أن تزوجنى موليتك فلانه فقال الآخر : قبلت فإن ذلك يصح ويكون كعقدى زواج لم يذكر فى كل واحد منهما مهر ، فيجب لكل واحدة من الزوجتين مهر مثلها ، وذلك من قبيل أن تسميه المهر ليست شرطا فى صحة الزواج بل يصح الزواج إن سمى المهر وإن لم يسم مهر : بأن سكت عنه بل يصح الزواج وإن لم يسم المهر بأن قال الزوج مثلا تزوجتك على أن لا مهر لك فقالت الزوجة قبلت

ويكون للزوجة فى الصورة الأولى المهر المسمى ، وفى الصورتين الثانية والثالثة مهر مثلها . ولكن ماذا يكون الحكم لو اشترطا أن يكون بُضع كل واحدة من الزوجين مهر للأخرى ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك .

فذهب أبو حنيفة وأصحابه والزهرى والثورى والليث : إلى أن هذه الصورة من باب عقد الزواج الذي أضيف إليه شرط باطل فيصح العقد ويبطل الشرط ويجب لكل واحدة من الزوجين مهر مثلها .

وروى مثل ذلك عن أحمد بن حنبل . ووجهه هؤلاء أن غاية الأمر أنه زواج سمي فيه ما لا يصلح مهراً وهو بُضع الأخرى . لأن المهر كما هو معروف لابد أن يكون من الأموال المتقومة وبُضع كل واحدة من الزوجتين ليس من هذا القبيل والزواج لا يبطل بتسمية ما لا يصلح مهراً وإنما يجب بهذه التسمية مهر المثل ولم يجعلوه كزواج الجاهلية الذى ورد عن النبى ﷺ ابطاله والمنع منه لأن أولئك ما كانوا يرجعون فى هذه الحالة إلى مهر المثل قط وإنما كانوا يستمرون على أن مهر كل واحدة هو بُضع الأخرى فلما خالفناهم فى نتائج هذا العقد لم نكن استحللنا ما كانوا يفعلون مما ورد النهى عنه . ويروى عن مالك رضي الله عنه أنه قال : يفسخ هذا الزواج قبل الدخول لا بعده ، ويؤيد ذلك ما رواه أحمد وأبو داود عن عبد الرحمن بن هرمز أن العباس ابن عبد الله بن عباس زوّج عبد الرحمن بن الحكم ابنته وزوجه عبد الرحمن ابن الحكم ابنته وقد كانا جعلاه صداقا . فكتب معاوية بن أبى سفيان إلى مروان ابن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال فى كتابه . هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله ﷺ .

وقال الشافعى رضي الله عنه : هو زواج باطل ويجب على جماعة المسلمين أن يفسخوه متى علموا به سواء أكان ذلك قبل دخول الزوج بالزوجة أم بعده ويروى مثل ذلك عن أحمد بن حنبل .

شروط صحة الزواج :

وشروط صحة الزواج عند الحنفية شرطان :

الأول : أن تكون الزوجة محلا قابلا للزواج بهذا الزوج المعين فى وقت

العقد فلو كانت محرمة عليه حرمة مؤبدة بأن كانت أخته أو خالته أو نحوهما أو حرمة مؤقتة بأن كانت أخت زوجته أو خالتها أو عمتها أو كانت زوجة لغيره أو معدة من طلاق غيره لم يصح العقد .

الثانى : أن يكون العقد بحضره شاهدين مستكملين لشروط الشهادة وذلك لأن عقد الزواج يتعلق به كثير من الأحكام التى يبقى أثرها على مر الزمان :

كثبوت النسب وحرمة المصاهرة واستحقاق الميراث فكان من الواجب إعلانه للناس وطريق إعلانه هو الإشهاد عليه وقد ورد «لا نكاح إلا شهود».

وشروط الشهادة التى يجب أن تتوافر فى شهود الزواج أربعة شروط حرية الشاهدين وبلوغهما وعقلهما وسماعهما معاً طرفى العقد .

ولا تشترط عند الحنفية الذكورة فى جميع الشهود بل يجوز أن يشهد رجلان أو رجل وامرأتان كما لا يشترط بصرهما ولا عدالتهما ولا كونهما أجنبيين من الزوجين بل تجوز شهادة الأعميين والفاسقين وولدى الزوجين أو أحدهما

فلو كان الشاهدان أو أحدهما عبدا أو صبيا أو مجنونا أو أصم أو سكران لا يعى أو نائما وقت العقد لم يصح العقد .

ثم إذا كان الزوجان مسلمين اشترط فى شهود الزواج بينهما زيادة على ما ذكرنا أن يكونوا مسلمين فلو كان الزوجان ذميين صح زواجهما بشهادة الذميين وإن كان الزوج مسلما والزوجة ذمية صح زواجهما بشهادة الذميين عند أبى حنيفة وأبى يوسف سواء أكان الشاهدان موافقين للزوجة فى الملة أم كانا مخالفين لها فيها .

وقال الشافعى ومحمد وزفر : لا تجوز شهادة الذميين إذا كان الزوج مسلما . وذهب الشافعى وأحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه والحسن البصرى وابن أبى ليلى وابن شبرمة إلى زيادة شرط.

وهو أن يكون للزوجة ولى ذكر يكون أقرب عصبتها من النسب فإن فقدوا جميعا فأقرب عصبتها من النسب فلا يجوز عندهم أن تزوج المرأة نفسها صغيرة كانت أو كبيرة بكراً كانت أم ثيبا كما لا يجوز عندهم أن تزوج المرأة المرأة ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى :

فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » (١)

وجه الإستدلال لهم من هذه الآية الكريمة أنها تدل على نهي الأولياء من عضل النساء إذا جاءهن الخاطب الكفء فدل هذا على أن ولاية التزويج بين الرجال وحدهم إذ لو كان للمرأة أن تزوج نفسها لما كان لمنع الولى إياها أثر بل كان لها أن تخالفه فتزوج نفسها .

وبأحاديث منها قوله ﷺ: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل» ، ومنها قوله ﷺ «لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» ، ومنها قوله ﷺ «لا نكاح إلا بولى» (٢) .

وقد سبقهم إلى هذا المذهب على وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة .

أما أبو حنيفة رضي الله عنه فقال إن الولاية ليست بشرط لصحة زواج الكبيرة من النساء وللمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وحجته على ذلك الكتاب والسنة ، أما القرآن فمنه قوله تعالى « **وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين** » (٣) .

فهذه الآية الكريمة نص في انعقاد الزواج بعبارة المرأة وبلفظ الهبة واحتجوا أيضا (أى الحنفية) بقوله عز وجل « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٤) .

فالله سبحانه وتعالى أسند فعل النكاح إلى الزوجة والأصل فى الإسناد أن الفاعل هو الذى يحدث الفعل .

أما احتجاجهم من السنة بروايات كثيرة منها :

١ ـ ما رواه ابن عباس (رضي الله عنه) من قوله ﷺ: « ليس للولي مع الثيب أمر » .

٢ ـ قوله ﷺ: « الأيم أحق بنفسها من وليها » ولا حجة للشافعى وأحمد ومن وافقهما فيما ذهبوا إليه .

---

(١) البقرة : ٢٣٢

(٢) النهاية : ٥ / ١٧٢

(٣) الأحزاب : ٥٠

(٤) البقرة : ٢٣٠

أما الآية الكريمة التى استندوا إليها فهى دالة لمذهب الحنفية لا لما ذه
إليه . وبيان ذلك أنه سبحانه وتعالى :

أسند فعل النكاح إلى النساء فقال « **أن ينكحن أزواجهن** » . ف
ذلك على أنهن يتولين ذلك من شئون أنفسهن . وصدر الآية الكريمة ق
تعالى« **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجه**
فهى دالة على نهى الأزواج الذين يطلقون نساءهم عما كان العرب يصنع
فى الجاهلية وصدر الإسلام كان الرجل إذا طلق المرأة أمسكها فى بي
يضارها حتى تفدى نفسها منه وليس الخطاب فيها موجهاً للأولياء .

أما الحديث الأول: فإنه يدل بطريق المفهوم الذى يقول به الشافعى ع
أن المرأة لو زوجت نفسها بإذن وليها صح الزواج كما هو مذهب أبى الث
وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام جعل بطلان النكاح مرتبا على شيئين :
أحدهما أن تتولى هى إنكاح نفسها ، والثانى: أن يكون ذلك بغير إ
وليها . فلو سقط أحد الأمرين لم يكن باطلا والمعقول سقوط الثانى ف
حجة على الإمام الشافعى من هذا الوجه وأما حديث: «لا تزوج المرأة المر
... إلخ» وحديث :«لا نكاح إلا بولى» فقد اختلف العلماء فيهما فمنهم
أرسلها ومنهم من وصلها وقد روى الأول الزهرى عن عروة عن عائشة وق
ابن جريج: ثم لقيت الزهرى فسألته عنه فأنكره ولئن صحت روايتهما فإنه
يحملان على أنه يندب أن يكون للمرأة ولى يزوجها ولا يجب ذلك جمعا ب
الأدلة والجمع بين الدليلين المتعارضين ما أمكن أولى من العمل بأحدهما و
الأخر . ولأبى ثور وهو من مجتهدى مذهب الشافعية رأى يوافق ما قلن
وهو رأى وسط يجمع بين النصوص ويتفق مع المصلحة والمعقول وخلاص
الرأى :

أنه لابد فى عقد الزواج من رضا المرأة ووليها ومتى تحقق رضا الو
والمرأة فأيهما قام بإجراء العقد صح الزواج سواء أكان الولى أم المر
فليس لأحدهما أن يستبد بالزواج بدون رضا الأخر وذلك لأنه لم يعهد ف
الشريعة الإسلامية أن الأنوثة مانعة من التصرفات ومباشرة العقود بل إنها
جعلت المرأة مثل الرجل فى التصرفات وهذا رأى حسن تتصلح به حا

الأسر ويقضى على أسباب النزاع .

شروط نفاذ الزواج : الحرية - البلوغ - العقل

وشروط النفاذ هى التى يتوقف ترتب آثار العقد عليها فعلا ، بعد أن يكون صحيحا منعقدا وإذا فقد شرط منها وتوفرت شروط الإنعقاد والصحة كان العقد موقوفا .

وقد عرفت مما قدمناه لك أن المرأة البالغة يجوز لها أن تباشر عقد الزواج بنفسها عند الحنفية وليس مما يختلف فيه أحد من علماء الشريعة أن الرجل يجوز له أن يباشر عقد زواجه بنفسه وليس مما يختلف فيه أحد أيضا أن لكل واحد من الزوجين نيابة عنه .

وعلى هذا نقول: إن الزوجين إما أن يباشرا عقد زواجهما بنفسهما وإما أن يوكلا في مباشرته وإما أن يباشره أحدهما ويوكل الآخر وإما أن يتولاه عنهما ولى بسبب نقصان أهليتهما فهذه أربعة أحوال - فإن باشر الزوجان عقد الزواج فى نفسهما أو وكل كل واحد منهما وكيلا يباشره عنه أو وكل أحدهما وكيلا وباشر الآخر بنفسه وجب أن يتحقق فى هذه الأحوال الثلاثة فى كل واحد من الزوجين ثلاثة شروط وهى الحرية والبلوغ والعقل فإن فقد الزوجان أو أحدهما واحدا من هذه الشروط الثلاثة وقد باشر العقد بنفسه أو بوكيله انعقد الزواج موقوفا على إجازة من له الولاية عليه فلو كان عبدا أو كانت الزوجة أمة لم ينفذ ما تولياه أو وكلا فيه من عقد الزواج إلا بأجازة السيد ولو كان أحدهما صبيا مميزا لم ينفذ ما تولاه أو وكل فيه من عقد الزواج إلا بإجازة وليه وذلك لأن عقد الزواج من العقود المترددة بين النفع والضرر وكل عقد من العقود المترددة بينهما لو تولاه قاصر الأهلية بنفسه أو بوكيله يتوقف على إجازة من بيده إجازته من ولى أو وصى أو سيد أو نحوهم والذى بيده إجازة عقد زواج العبد هو سيده والذى بيده إجازة عقد زواج الصبى هو وليه .

★وإن استوفى الزوجان هذه الشروط الثلاثة ولم يتوليا صيغة العقد بأنفسهما ولا بوكيلهما بل تولاه عنهما أو عن أحدهما فضولى انعقد الزواج موقوفا على إجازة من يتولى بنفسه ولا بوكيله منهما .

★وإن كان الذى يباشر صيغة العقد ولي الزوجين أو أحدهما اشترط أن يكون الزوجان أو أحدهما الذى يقوم وليه عنه عاجزا عن التصرف بنفسه بأن يكون صبيا أو مجنونا أو معتوها أو عبدا فإن لم يكن بهذه المثابة لم ينفذ عقد الزواج عليه إلا برضاه . وحينئذ يكون الولى وكيلا إن وقع الرضى قبل العقد أو فضوليا إن وقع الرضى بعد العقد .

ويشترط فى الولى الذى يتولى عقد زواج قاصر الأهلية أربعة شروط وهى العقل والبلوغ والحرية وموافقته في الدين لمن يكون ولياً عنه أما العقل والبلوغ والحرية فلأنها شروط تمام أهلية الإنسان فى نفسه فإن فقد أحدها لم يكن له الحق فى أن يتصرف فى شئون نفسه فما بال التصرف فى شئون غيره وأما الموافقة فى الدين فلو أن لامرأة أخوين أحدهما مسلم والآخر مسيحى فإن كانت مسلمة فالولاية عليها لأخيها المسلم وإن كانت مسيحيا فالولاية عليها لأخيها المسيحى وذلك لأن أهل الدين الواحد بعضهم رؤ ببعض وهم أرعى لمصلحة بعضهم عن المتخالفين فى الدين وهذا معروف .

شروط اللزوم : (١) .

شروط اللزوم هى التى يتوقف عليها العقد واستمراره ، وبعبارة أخرى هى ألا يكون لأحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخ العقد بعد انعقاده وصحته ونفاذه ، فلو كان لأحد حق فسخه كان عقداً غير لازم ، وعلى ذلك فالعقد اللازم يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

١- أن يكون العاقد لفاقد الأهلية وهو المجنون والصبى غير المميز أو لناقصهما وهو المعتوه والصبى المميز : الأب أو الجد فهذا العقد يكون لازماً ولا خيار عند البلوغ والإفاقة ولو كان الزواج بغير كفء وبأقل من مهر المثل فإن الشأن فى الأب والجد ألا يتساهلا فى الكفاءه والمهر إلا لما هو أسمى من ذلك من المعانى التى تستقر بها العشرة وتدوم بها الرابطة ، على أنه إذا كان الأب والجد معروفين من قبل العقد بفساد الرأى وسوء الإختيار فإن تزويجهما لا يكون فاقداً ولو من الكفء وبمهر المثل علي ما سوف نبينه فى

(١) انظر أحكام الأسرة فى الإسلام للدكتور أحمد فراج حسن .

الولاية .

فإن كان الفاقد غيرهما كالأخ فلكل منهم حق الفسخ بعد البلوغ وبعد الإفاقة من الجنون أو العته ولو كان الزوج كفئاً وبمهر المثل .

٢ - إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة نفسها من كفء وبمهر المثل كان العقد لازماً ، أما لو زوجت نفسها من غير كفء فللولي العاصب أن يرفع الأمر إلى القضاء ويطلب فسخ العقد ، كما يثبت له هذا الحق إذا نقص صداقها عن مهر المثل ورفض الزوج إكماله ، ويجب أن يلاحظ أن ثبوت حق الأولياء فى الإعتراض على تزوج المرأة بغير كفء محله إذا لم يسكنوا حتى تلد أو يظهر عليها الحمل ، فإن سكتوا عن رفع الأمر إلى القاضي حتى ظهر عليها الحمل أو ولدت بالفعل لم يكن لهم حينئذ حق الإعتراض محافظة على الولد .

٣ - أن يكون كل من الزوجين خالياً من العيوب المبيحة للفسخ ، على التفصيل الذى سيذكر عند الكلام على فرق الزواج ، فإذا توافرت هذه الشروط كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً شرعا ولا اعتراض لأحد عليه وإن كان أحد الزوجين صغيراً ، أو لم يكتب العقد فى وثيقة رسمية لدى الموظف المختص .

الشروط القانونية : الشروط القانونية نوعان :

النوع الأول : شروط خاصة بإجراء عقد الزواج .

النوع الثاني : شروط خاصة بسماع دعوى الزوجية . وفيما يلى بيان كل نوع :

شروط إجراء عقد الزواج :

اشترط القانون لإجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله أو تسجيل المصادقة عليه فى الوثيقة الرسمية اعتباراً من ٢٧ / ١ / ١٩٢٤ (١) ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وألا يقل سن الزواج عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت العقد وفقاً لأحكام القانون رقم ٥٦ لسنة١٩٢٣ والفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل

من هذه السن المحددة فلا يجوز للموظف الرسمى المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجربه رسمياً بينهما .

غير أن الموظف المختص بإجراء عقد الزواج ، لما كان يعتمد فى معرفة بلوغ أحد الزوجين السن القانونى على شهادة الميلاد أو على شهادة طيبة يقدر فيها السن ، أو على ظاهر حال الزوج لم يترتب على هذه القوانين منع زواج الصغار ودفع ذلك بعض ذوى الأغراض إلى التحايل على القانون ، وذلك بإخفاء شهادات الميلاد ، والإستشهاد على بلوغ السن بشهادات الأطباء أو شهود الزور ، وتزويج الصغار قبل بلوغهم السن الحقيقية التى حددها القانون . ولما رأى المشرع الوضعى أن قوانين تحديد السن لم تحقق الغرض منها بسبب ما اتخذه الناس حيالها من التحايل فرض عقوبة جنائية رادعة على من يعقد مثل هذا العقد مع علمه به ، أو يدلى بمعلومات يسجل بسببها العقد مع علمه بكذبها . فقد نصت المادة ٢٢٧ من قانون العقوبات على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد عن ثلاثمائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد اثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً بضبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك ، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق " .

" ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون " . وقد كان لهذا النص أثر كبير فى منع تزويج الصغار قبل بلوغهم السن التى حددها القانون .

شروط قبول الدعوى : (١)

اشترط القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى المادة السابعة عشرة لقبول الدعوى شرطين :

---

(١) عدل المشرع عن عدم سماع الدعوى الذى كانت تقرره المادة ٩٩ من المرسوم لقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وأخذ بعدم قبول الدعوى المقرر فى قانون المرافعات .

الشـرط الأول: ألا تقل سن الزوجة عن ست عشـرة سنة ميـلادية ، وسن الزوج عن ثمـانى عشـرة سنة ميـلادية وقت رفع الدعـوى ، فـإذا كـانت سن الزوجين أو أحدهـما تقل وقت رفع الدعوى عن السـن القـانونية ، فـلا تـقبل الدعـوى (١) بالزواج سـواء أنكر المدعي عليه الزواج أو اعترف بـه ، وسـواء أكـان النزاع فى الزوجـة نفسـهـا أم فى مـا كـان يتـرتب عليـهـا من الأحكام والآثار مثل النفقة والطاعة والمهر والميراث ما عدا النسب ، فإنه يبقى على حكمه المقرر قبل صدور هذا القانون (٢) .

والدافع إلى هذا الشرط هو العمل على منع الزواج قبل السن المحددة ، لما يترتب على عقده قبل هذه السن من مضـار اجتمـاعية ، ولهذا فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها ، لأنه من النظام العام .

الشرط الثانى : وجود مسوغ لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج عند الإنكار: يختلف المسوغ الكتابي لقبول الدعوى باختلاف ما إذا كانت الدعوى دعوى زوجية أو دعوى طلاق ، وباختلاف الوقت المدعى حصول الزواج فيه.

أولا: دعوى الزواج :

إذا كـان الإنكار فـالدعوى الناشـئة عن عقد الزواج فى الوقـائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ فلا تقبل الدعوى إلا إذا كان الزواج ثابتاً بوثيقة زواج رسمية صـادرة على يد الموظف المختص بمقتضى وظيفته بإصدارها (٣) .

أما إذا كان الزوج مقررا بالزوجية ، فإن المقر يـعامل بإقراره فى أيه مـدة

---

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٧ على مـا يأتي: لا تقبل الدعـاوى النـاشـئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو كانت سن الزوجة تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى .

(٣) المنصـوص عليه فى الفقه الحنفى ، أن النسب يثبت بالزواج الصـحيح وما ألحق به ، ويثبت بالإقرار وبالبينه .

(٣) يقصد بالوثيقة الرسمية التى يصدرها المأذون أو الموثق فى مصلحة الشهر العقارى بالنسبة للاجانب أو القنصل بالنسبة لزواج المصريين الذى يعقد فى الخارج ، كذلك يعتبر محضر القاضى الجزئى المثبت فيه تصادق الزوجين على الزوجية وثيقة رسمية بالزواج ، كما هو نص المادة ٦/٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ حيث أجازت للخصوم توثيق ما يتفقوا عليه أمام المحكمة الجزئية فيما يجوز شرعاً ، وتصادق الزوجين على الزوجية أمام القاضى الجزئى مما يجوز شرعا .

ادعي حصول الزواج فيها (١) .

والحكمة من هذا الشرط سد الزرائع وقطع الطرق الإحتيالية في وجه من يحاول إدعاء الزوجية زوراً وبهتاناً وطمعاً في المال أو رغبة في التشهير. أما إذا كان الإنكار للزوجية منصبا على الحوادث الواقعة قبل أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، فإن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، لم يشترط ثبوت الزواج بورقة رسمية كما شرطه في المادة ١٧ منه في الحوادث الواقعة بعد ذلك ، وسكت عن ذكر الوسائل التي يمكن اثبات الزوجية بواسطتها . وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة إذا عرض عليها نزاع في إثبات الزوجية في تاريخ سابق على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، أن تستأنس بما كان منصوصا عليه في المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وتنص هذه المادة في فقراتها الثلاث على ما يأتي :

١ـ إذا كان الزواج مدعي حصوله قبل سنة ١٨٩٧ والدعوى مقامة من أحد الزوجين والمدعي عليه ينكره ، فلا يشترط وجود دليل كتابي لسماع الدعوي ، بل يكتفي بشهادة الشهود ، بشرط أنه تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة .

٢ـ إذا كان الزواج مدعي حصوله في المدة من سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩١١ والمدعى عليه ينكره وأحد الزوجين متوفي ، فلا تسمع الدعوى به ، إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها ، سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أو من غيره .

٣ـ إذا كان الزواج مدعي حصوله في المدة من سنة ١٩١١ إلى غاية يوليو سنة ١٩٣١ والمدعي عليه ينكره وأحد الزوجين متوفي ، فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك ، سواء كانت الدعوى من أحد الزوجين أم من غيره .

---

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أنه: ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية .

ثانيا: دعوى التطليق أو الفسخ :

لم تشترط المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في عبارتها الثانية من الفقرة الثانية لقبول دعوى التطليق أو الفسخ أن تكون الزوجية ثابتة عند ارنكار بوثيقة رسمية ، وإنما يكفي أي دليل كتابي ، وهذا هو نص العبارة الثانية من الفقرة الثانية: " ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة " .

ونظراً لأن النص المشار إليه لم يحدد ماهية الدليل الكتابي ، فإن هذا الدليل يمكن أن يكون عقداً عرفيا أو إقراراً بالزوجية أمام جهة رسمية (كمحضر بوليس أو نيابة) كما يمكن أن يكون خطابا أرسله أحد الزوجين للآخر ذاكرا فيه ما يفيد إقراره بالزوجية ، كما لو ذكر الزوج في خطابه المرسل إلى المدعية عبارة زوجتي .

أما إذا انعدم الدليل الكتابي على الزوجية ، فلا تقبل دعوى التطليق أو الفسخ. والحكمة من هذا النص كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، وأن المشروع يفتح بهذا الحكم المستحدث باب للرحمة بالزوجات اللاتي وقعن في مشكلة الزواج العرفي ولا تجدن مخرجا منه ،

بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستنده إليه ، فأتاح لهن المشروع سماع دعاواهن بطلب التطليق ، وواجه بذلك أمرا واقعا فيه إعنات للمرأة يتمثل في تعليقها على ذمة زوج عقد عليها بزواج عرفي ثم هجرها وأهملها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم ولا تجد فكاكا من وصمة مثل هذا الزوج ، فيجيز لها المشرع رفع دعوى طلب التطليق عليه ، وتسمع دعواها هذه إذا كان زواجهما ثابتا بأي كتابة ، وفي هذا الأمر عدل وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة .

وغني عن البيان أن الحكم بالتطليق في مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفي بما يحرر الزوجة منها ، ويفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة ، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق في زواج رسمي موثق .

أثر هذه القوانين :

أولا: عدم مباشرة الموظف المختص عقد زواج من لم يكن بالغا السن المحددة وقت العقد أو المصادقه عليه .

ثانيا: عدم قبول الدعوى إذا كان سن الزوج وقت رفع الدعوى دون السن المحددة ، ولو أقر المدعي عليه .

ثالثا: عدم قبول الدعوى عند إنكار المدعي عليه إلا إذا كان بيد المدعي دليل كتابي .

تلك هى آثار قوانين تحديد سن الزواج ، وعدم قبول دعوى الزوجية . أما القاعدة الموضوعية فتظل بعد ذلك محكومة بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة الذى يجيز زواج الصغار مهما كانت سنهم والذى لا يشترط لصحة الزواج أو نفاذه وترتب آثاره عليه ، أن يكون مسجلاً فى وثيقة رسمية وهذا معناه: إن الزواج الذى ينعقد على خلاف ما نص عليه القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ زواج صحيح شرعا لا تشوبه شائبة لأن واحدا منهما لم يتعرض لصحة الزواج أو بطلانه ولكنهما فقط وضعا قواعد إجرائية .

هذا وإن وضع حد أدنى لسن الزواج والنص على عدم قبول دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بدليل كتابى بنى فى القوانين المشار إليها على ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن هذه السن يغلب عندها استعداد كل من الزوجين للحياة الزوجية وتفهمها وقد دفع واضعى القانون إلى هذا ما لوحظ بكثرة من تزويج الصغار لتحقيق أغراض مادية لأوليائهم لا تمت بصلة لما يجب ملاحظته لتحقيق السعادة الزوجية الى ينشدها الشارع ورعاية للصالح العام ومصالح هؤلاء الصغار طبياً وإجتماعياً وإقتصادياً .

الأمر الثانى: أن لولى الأمر شرعاً حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص ، ويمقتضى ذلك الأصل منع ولى الأمر القضاه من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن أحد الزوجين وقت الدعوى دون السن المحددة في القانون كما منعهم من سماع دعوى الزوجية عند إنكارهم إذا لم تكن ثابتة بدليل كتابى صيانه لعقد الزواج واحتراماً لمكانته الدينية

والإجتماعية ويعداً به عن العبث والإنكار ومنعاً لذوى الأغراض السيئة من إدعاء الزوجية زوراً وبهتاناً ، أو نكاية وتشهيراً ، أو ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة الإثبات .

الأمر الثالث: أن هذه القوانين اعتمدت أساسا على ما قرره بعض الفقهاء من أن زواج الصغار لا يجوز شرعا (١) .

هل يدخل الخيار عقد الزواج ؟

المشهور من مذهب أبى حنيفة وأصحابه أن الزواج لا يدخله أى نوع من أنواع الخيارات . فمن عقد واشترط على أن يكون له الخيار ثلاثة أيام صح العقد ولزم وبطل خيار الشرط وكذا لا يدخله خيار العيب كما لو اشترط أحد الزوجين سلامة صاحبه من العيوب فوجده علي خلاف ما شرط صح العقد ولا يثبت له خيار فسخه . وأيضا إذا اشترط الزوج في العقد جمال المرأة أو بكارتها فوجدها على خلاف ما اشترط فلا يثبت له حق فسخ العقد.

ويستثنى من خيار العيب :

١- أن يكون الزوج مجبوبا : وهو الذى قطع ذكره .

٢- أن يكون الزوج خصيا : وهو الذى قطع أنثياه .

٣- أن يكون الزوج عنينا : وهو الذى لا يستطيع الجماع أو لا يريده .

فإن كان بالزوج أحد هذه العيوب الثلاثة كان للزوجة أن تطلب فسخ الزواج وسموا هذا " خيار الفسخ " .

وقد رأى المشرع المصرى أن يوسع هذه الدوائر تقديراً لمصلحة الزوجين فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهو ينص على أن " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه إلا بضرر . كالجنون والجذام والبرص سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به . فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد

---

(١) من هؤلاء الفقهاء: عثمان البتى ، وابن شبرمة ، وأبو بكر الأصم ، وابن حزم وغيرهم .

(٢) أنظر أحكام الأسرة فى الإسلام للدكتور أحمد فراج حسن .

ورضيت به صراحة أو دالة بعد علمها فلا يجوز التفريق " فأدخل هذا القانون خيار العيب فى الزواج وجعله سببا عاما ..

زواج المتعة ، والزواج المؤقت :

زواج المتعة : هو أن يقول الرجل للمرأة : أتمتع بك أياماً بمائة جنيه مثلا . أو أتمتع بك مدة إقامتي في هذه البلدة بكذا مثلا ، أو أتمتع بك سنة بألف من الجنيهات فتقول في كل ذلك قبلت . ومن هذه الأمثلة نرى أن تحديد زمن معين في هذا النوع غير لازم بل يكفي ذكر الزمان المبهم كما فى المثالين الأول والثاني وكذا وجود الشهود غير لازم فيه .

والزواج المؤقت : أن يقول الرجل للمرأة: تزوجيني مدة شهر بمهر قدره كذا فتقول قبلت ويكون ذلك بحضرة شهود مستكملين لشرائط الشهادة على الزواج ولابد في هذا النوع من الزواج من تحديد الزمان وحضور الشهود كما رأيت في هذا المثال . ومن هنا ، تعلم أن الفرق بين الزواج المؤقت وزواج المتعة من ثلاث أوجه:

أولهما : أن المتعة يكون بلفظ التمتع لاغير والمؤقت يكون بلفظ الزواج والنكاح وما يؤدى معناها .

الثاني : أن الشهود ليسوا بشرط في زواج المتعة وهم شرط فى الزواج المؤقت .

الثالث : أن تعيين الوقت ليس في زواج المتعة ، وهو شرط في الزواج المؤقت .

وزواج المتعة كان صحيحا جائزا فى أول الإسلام ثم نهى عنه وقد انعقد إجماع العلماء علي بطلانه ولا يجيزه إلا قوم (هم الشيعة الإمامية) مخالفين في ذلك إجماع الأئمة ومخالفين مع ذلك أصولهم التى يأخذون بها فقد علم أنهم يأخذون بما يروى عن على بن أبى طالب ﷺ وعلي يقول : إن حل المتعة قد فسخ (١) .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ٦ / ٤٢ المهذب للشيرازى ٢ / ٤٩

وأما الزواج المؤقت فمثل زواج المتعة باطل عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد ﷺ . ويترتب على القول بطلان النوعين أنه لو مات أحد الزوجين لم يرثه الآخر وأنه يجب على جماعة المسلمين أن يعملوا على التفريق بين من يتعاشرون بمقتضى أحدهما . وذهب زفر بن الهذيل رحمه الله إلى أن الزواج المؤقت مثل الزواج الذى أضيف إليه شرط لا يلائم العقد ولا يقره الشرع .

ومعنى هذا أن العقد يصح والشرط يلغو فيتوارثان ولا يفرق بينهما ولا ينقضى الزواج بإنقضاء الزمان المحدود بينهما .

والدليل على ما ذكرنا من حكم زواج المتعة ما روى أحمد ومسلم عن سبرة الجهنى عن النبى ﷺ من قوله « يا أيها الناس إنى كنت أذنت لكم في الإستمتاع من النساء وقد حرم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة » وما رواه أحمد والبخارى عن على بن أبى طالب ﷺ (أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر) وروى أن ابن عباس كان يفتى بحل المتعة ثم رجع عن فتواه .

موانع الزواج :

(المحرمات من النساء) :

المحرمات من النساء على الرجال :

١ ـ إما أن تكون حرمتهن مؤبدة بحيث لا يحل الزواج بهن أصلا .

٢ ـ وإما أن تكون حرمتهن مؤقتة بحيث يكون ثمة مانع غير ذات المرأة يمنع التزوج بها ومتى زال هذا المانع صح الزواج بها .

فهذان نوعان ولكل واحد من هذين النوعين أسباب تقتضيه . فأما الأسباب التى تقتضى تأبيد حرمة التزوج بالنساء فثلاثة أسباب وهى :

١ ـ القرابة .

٢ ـ المصاهرة .

٣ ـ الرضاع .

وأما الأسباب التى تقتضى حرمة بعض النساء حرمة مؤقتة بوجود المانع فهى خمسة أسباب وهى :

كون الزواج بالمرأة مؤدياً إلى الجمع بين محرمين ، وتعلق حق غير الزوج الذي يريد العقد بالمرأة ، وتطليق الرجل المرأة التى يريد العقد عليها طلقة ثالثة ، وكون الرجل مزوجا بأربع حرائر غير الزوجة التي يريد العقد عليها وكون المرأة مشركة أي غير متدينة بدين سماوى .

فهذه ثمانية أسباب تقتضى حرمة المرأة على الرجل وسنتكلم عن كل سبب منها على حدة كلاماً وافياً .

فنبين ما يحرم بكل سبب من النساء والدليل على حرمتهن .

١ـ التحريم بسبب القرابة (أو النسب) :

يحرم على الرجل بسبب النسب أو القرابة أربعة أنواع من النساء والدليل على حرمة هذه الأنواع الأربعة قوله تعالى « **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت** » (١) .

والأنواع الأربعة التى تحرم على الرجل بسبب النسب هى :

الأول : أصوله من النساء وأصول أصوله وإن تراخت الوسائط بينه وبينهن فأمه وأم أبيه وأم أمه وجدة أبيه وجدة أمه حرام عليه . لقوله تعالى « **حرمت عليكم أمهاتكم** » فالأم ثبت تحريمها بنص الآية . فأما الجدات فكان تحريمهن بالإجماع الذى اعتمد على الآية .

الثانى : فروع الشخص وفروع فروعه وإن تراخت الوسائط بينه وبينهن فبنته وبنت ابنه وبنت ابنته وبنت ابن ابنه وبنت ابن ابنته وبنت بنت ابنه وهكذا مهما يطل حبل النسب حرام عليه لقوله « **وبناتكم** » فإن النص دال على تحريم المباشرة أما بقية البنات فيستدل على تحريمهن بالإجماع .

الثالث : فروع أبوى الشخص وإن نزلن (أى فروع فروعها) فأخته وبنت أخته وبنت أخيه وبنت بنت أخته وبنت ابن أخته وبنت ابن أخيه وهكذا مهما

---

(١) النساء : ٢٣٠

يطل حبل النسب حرام عليه . سواء أكانت الأخت أو الأخ شقيقة أم كانت الأب أم كانت لأم . لقوله تعالى « وأخواتكم » . وقوله « وبنات الأخ وبنات الأخت » .فالنص دل على تحريم ما سبق .

الرابع : فروع أجداده وجداته بشرط أن ينفصلن بدرجة واحدة فعماته حرام عليه لأنهن انفصلن عن جده لأبيه بدرجة واحدة وخالاته حرام عليه لأنهن انفصلن عن جد أبيه بدرجة واحدة وعمات أمه حرام عليه لأنهن انفصلن عن جده بدرجة واحدة وخالات أمه حرام عليه لأنهن انفصلن عن جد أمه لأبيها بدرجة واحدة .

ولا يحرم عليه بنات واحدة ممن ذكرنا . فبنات عماته وبنات خالاته وبنات عمات أبيه وبنات عمات أمه وبنات خالات أمه وبنات خالات أبيه لا يحرمن عليه . لأن انفصالهن عن أجداده وجداته بدرجتين وهكذا . وقد ورد النص بحل بنات العم والعمة والخال والخالة في قوله تعالى «**يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى ءاتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك** (١)»

٢ ـ التحريم بسبب المصاهرة (والمصاهرة علاقة بين أحد الزوجين وأقرباء الآخر) يحرم على الرجل بسبب المصاهرة حرمة مؤبدة أربعة أنواع من النساء وهذه الأنواع الأربعة هي :

الأول : فروع زوجته التي دخل بها . فلو أن رجلا تزوج امرأة ودخل بها وكان لهذه المرأة بنات من غيره أو بنات أبناء أو بنات بنات لم يحل للرجل أن يتزوج بواحدة من هؤلاء سواء أبقيت زوجته على عصمته أم طلقها أم ماتت والدليل على حرمة هذا النوع من النساء قوله تعالى « **وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن** » .

فإن كان الرجل لم يدخل بزوجته أم هذه البنت بأن كان قد عقد عليها ثم طلقها قبل الدخول بها أو ماتت قبل أن يدخل بها لم يحرم عليه أن يتزوج بأحد فروعها لقوله تعالى « **فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** » .

---

(١) الأحزاب / ٥٠

وكانت العادة جارية بأن المرأة إذا تزوجت ولها بنت من غير زوجها الجديد أخذت هذه البنت معها فكانت فى دار زوج أمها .

فقوله سبحانه وتعالى « **اللاتى فى حجوركم** » تعبير عما جرت به العادة ولا يقصد به أن البنت إنما تحرم عليه . إذا كانت قد عاشت فى داره مع أمها فأما إذا لم تكن عنده فى داره فلا تحرم عليه .

فقوله تعالى « **فى حجوركم** » ليس قيداً للتحريم على ما قد يسبق إلى بعض الأوهام وإنما هو كلام جرى مجرى الغالب بسبب ما ذكر .

وسميت الربيبة بذلك: لأنها تربى فى حجر زوج أمها فهو يقوم بأمرها ويرعى شئونها .

والتفرقة بين أم الزوجة وبنتها . لأنه لو ساغ للرجل أن يتزوج ربيبته وللبنت أن تتزوج زوج أمها لتقطعت الأرحام ولأوجس الأصل خيفة من فرعه وأوجس الفرع الخيفة من أصله فتتهدم الأسر وتتقوض الصلات .

الثانى : أصول زوجته سواء أكان قد دخل بزوجته أم لم يكن فأم زوجته وجدتها حرام عليه بمجرد العقد على زوجته فلو طلقها قبل الدخول أو ماتت هى قبله لم يحل واحدة منهما لقوله تعالى « وأمهات نسائكم » وهذا هو رأى الجمهور (١) .

والحكمة فى تحريم الزواج بأم الزوجة وبإحدى جداتها أن الزواج يوجد رابطة بين الزوج وأصوله زوجته كرابطة النسب فيختلط الزوج بهن ويجتمع معهن في منزل واحد فلو أبيح للرجل أن يتزوج بأم زوجته لا نفتح باب الطمع والتطلع إليهن وقد يؤدى ذلك إلي إنحلال رابطة الزوجية بين الرجل

---

(١) استناداً إلى ظاهر الآية وهو قوله تعالى «وأمهات نسائكم» وإطلاق النص من غير قيد الدخول ، وهو كلام تام منفصل عن الجملة بعدها .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن أم الزوجة لا تحرم حتى يدخل بها وهذا الرأى لعلى وابن مسعود محتجين بقوله تعالى «وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن» فالله تعالى ذكر أمهات النساء وعطف عليهن الربائب ثم أعقبها بالشرط وهو الدخول فينصرف الشرط إليهما فيقيد حرمتهما بالدخول .

وزوجته وإنشاء زوجية أخرى مع أم الزوجة أو إحدى بناتها وفى ذلك فساد كبير .

الثالث : زوجات أصوله : أى زوجة الأب أو الجد . سواء أكان الجد من جهة أبيه أو من جهة أمه ، وسواء حدث دخول أم لم يحدث حرام عليه أبداً لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كا فاحشة ومقتاً وساء سبيلا » (١) .

وقد حرم النص زوجة الأب ، أما تحريم النص لزوجة الجد فلأن اسم الأب مطلق فى اللغة على الأصل المذكور سواء أكان مباشرا أم غير مباشر .

وقد حرم النص زوجة الأب أما بنتها أو أمها فلا تحرم على الإبن فيجوز أن يتزوج الرجل المرأة ويتزوج ابنه ابنتها أو أمها .

ولكن ما السر فى تحريم زوجة الأب ؟

أن زوجة الأب بمنزلة الأم في الإحترام فتحرم كما حرمت الأم وهذا ما تقتضى به الفطرة السليمة لأن التمتع بزوجة الأب مما تنفر منه الطباع ولهذا وصفه القرآن بأنه « **فاحشة** » (٢) أى ممقوت مبغوض مستقبح .

الرابع : زوجات فروعه . أى زوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن ابنته .

لا يحل له أن يتزوج بإحداهن إذا طلقها زوجها أو مات عنها ولو كان طلاقه أو موته عنها قبل الدخول . فبمجرد عقد الفرع زواجه على امرأة عقداً صحيحاً حرمت على أصله مطلقا فإن عقد الأب عليها مع علمه بالحرمة كان العقد باطلا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار . والأصل فى التحريم قوله تعالى « **وحلائل أبناكم الذين من أصلابكم** » والتقييد بذلك : لإخراج زوجة الإبن بالتبنى فإنها لا تحرم ، بدليل قوله تعالى فى قصة زيد : « **فلما قضى زيد منها وطراً زوجنا كها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم** » (٣) .

---

(١) النساء : ٢٣

(٢) وقعتا

(٣) الأحزاب : ٢٧

★ ولا فرق بين أن يكون الإبن من النسب أو الرضاع . وإن كان ابن القيم لا يرى تحريم زوجة الإبن الرضاعى على صاحب اللبن وهو الأب الرضاعى.

★ وأصول زوجة الفروع وفروعها فغير محرمات على الأصل فله أن يتزوج بأم زوجة فروعه وله أن يتزوج أيضا ببنت زوجة فرعه .

والحكمة فى تحريم زوجة الفرع : هو المحافظة على العلائق بين أفراد الأسرة ومنع كل ما يؤدى إلى القطعية بينهم . لأنه لو أبيح للرجل أن يتزوج حليلة ابنه بعد أن يطلقها لأدى ذلك إلى وجود الأحقاد والضغائن بين الإبن وأبيه لأن الإبن ربما يريد معاودة الحياة على مطلقته فإذا رأى أباه قد تزوجها أحزنه ذلك كما إن زوجة الإبن كبنت الأب وكثيرا ما تناديه بنداء البنت لأبيها فكيف يحل زواجها .

هل ثبت حرمة المصاهرة بالزنا ؟

اختلف العلماء فى الزنا: هل ثبت به حرمة المصاهرة كالزواج ؟

فقال أبو حنيفة وجماعة من الصحابة منهم عمر وابن مسعود وابن عباس والإمام أحمد: الزنا كالزواج فمن زنا بامرأة حرمت عليه أمها وجدتها وإن علت وابنتها وابنه ابنها وابنه ابنتها وإن سفلت وتحرم المرأة المزنى بها على آباء الزانى وأجداده وإن علوا وعلى أبنائه وأبناء أبنائه وإن سفلوا لكن لا تحرم أصول المزنى بها ولا فروعها على أصوله .

وقال الشافعى ﷺ ورواية لمالك: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة . لما روى أن رسول الله ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج أمها أو بنتها فقال : (لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان من نكاح) وهو حديث ظاهر الدلالة على المطلوب . ثم إن الله تعالى بين المحرمات ثم قال « وأحل لكم ما وراء ذالكم » ولم يذكر المزنى بها وأصولها وفروعها فى المحرمات فيدخلن فى عموم النص المحلل . وما ذهب إليه الشافعى ومن معه هو الراجح . ويترتب على هذا الخلاف :

بنت الرجل من الزنا وأخته وبنت أخيه وبنت أخته وبنت ابنه منه .

قال الشافعى : لا تحرم واحدة منهن لكن يكره له التزوج بكل منهن وقال أبو حنيفة وأحمد يحرمن عليه (١) .

٣ـ المحرمات بسبب الرضاع :

كل امرأة حرمت على الرجل بسبب النسب فإنها تحرم عليه بسبب الرضاع فأمه من الرضاع وأخته منها وبنته منها وبنت أخته وبنت أخيه وعمته وخالته وأم امرأته وبنت امرأته وامرأة أبيه وامرأة ابنه . كل أولئك حرام عليه من الرضاعة كما أنهن حرام عليه من النسب فلو أن امرأة أرضعت صبيا فهى حرام عليه لأنها أمه وجميع بناتها من النسب وجميع بناتها من الرضاع أخواته .

ولو أن امرأة أرضعت صبية حرم على زوج هذه المرأة أن يتزوج بهذه الصبية لأنها بنته من الرضاع . ولو أن امرأة أرضعت صبية حرم على أخى هذه المرأة أن يتزوج هذه الصبية لأنها ابنه أخته من الرضاع ولو أن امرأة أرضعت صبية حرم على أخى زوج هذه المرأة أن يتزوج هذه الصبية لأنها ابنه أخيه من الرضاع ولو أن امرأة أرضعت صبية حرم على ابن بنت هذه المرأة أن يتزوج هذه الصبية لأنها خالته من الرضاع وحرم على ابن ابن هذه المرأة أن يتزوج هذه الصبية أيضا لأنها عمته من الرضاع ولو أن امرأة أرضعت صبية ثم تزوج رجل بهذه الصبية لم يجز له فيما بعد أن يتزوج بالمرأة التى أرضعتها لأنها أم زوجته من الرضاع ولو أرضعت امرأة صبية ثم تزوج رجل بهذه المرأة ودخل لم يجز له فيما بعد أن يتزوج هذه الصبية لأنها بنت امرأته التى دخل بها . ولو أن امرأة أرضعت صبيا ثم تزوج زوج هذه المرأة امرأة أخرى لم يجز لهذا الصبى أن يتزوج بتلك المرأة الأخرى

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ٦ / ٥٧ المهذب ٢ / ٤٥ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٦ / ٢ . البدائع ٢ / ٢٥٨ . المغنى ٧ / ٤٨٢ .

لأنها زوجة أبيه من الرضاعة ولو أن امرأة أرضعت صبيا ثم تزوج هذا الصبى بامرأة أخرى لم يجز لزوج المرأة المرضعة أن يتزوج يوما ما بزوجة هذا الصبى لأنها زوجة ابنه من الرضاعة .

وقد نص الكتاب الكريم على حرمة الأم من الرضاعة وحرمة الأخت من الرضاعة حيث يقول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة »(١) ولم ينص الكتاب على الباقيات ولكن ورد فى الحديث قوله

عليه الصلاة والسلام " يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب " وهذا الحديث يوجب بعمومه بسبب الرضاع تحريم كل امرأة حرمت نظيرها بسبب النسب ولكنه لما كانت الحكمة التى اقتضت التحريم فى النسب لا توجد دائما فى الرضاع بحث العلماء فى مواطن هذه الحكمة فأخرجوا بعض الصور (٢) .

---

(١) النساء : ٢٣

(٢) فمن الصور المخرجة أم الأخ من الرضاع وذلك كأن يكون لامرأة صبى ولامرأة أخرى صبى آخر فيرضع هذان الصبيان من امرأة ثالثة فكل واحد من هذين الصبيين أخ للآخر من الرضاع بسبب اجتماعهما على ثدى واحد هو ثدى المرأة الثالثة ، ولا يحرم على كل واحد من الصبيين التزوج بأم الصبى الآخر مع أن كل واحدة من الأميين هى أم أخيه من الرضاعة . ومن الصور المستثناه كذلك: أن يكون لرجل ولد ولرجل آخر بنت ، وقد أرضعت زوجة الرجل الآخر ابن الرجل الأول ، فالولد والبنت أخوان من الرضاعة ، ولا يحرم على الرجل الأول أن يتزوج بنت الرجل الآخر . مع أن هذه البنت أخت ابنه من الرضاعة ، ولو كانت أخت ابنه من النسب لم يجز له أن يتزوجها ، لأنها حينئذ إما أن تكون بنته كما أن الولد ابنه ، وذلك إذا كانا شقيقين أو أخوين لأب ، وإما أن تكون بنت امرأته المدخول بها ، وذلك إذا كانا أخوين لأم فتحرم البنت عليه لأنها بنته ، أو لأنها بنت زوجته التى دخل بها وأما فى الرضاع ، فقد تكون أخت ابنه ولا تكون بنته ولا بنت زوجته المدخول بها ، فلهذا حلت له فى الصورة التى لا تكون فيها واحدة من الإثنين ، لا أنها ولكن لأنها بنته أو بنت زوجته التى دخل بها .

فالمحرمات بسبب الرضاع (من المحرمات بسبب النسب والمحرمات بسبب المصاهرة فتكون المحرمات بسبب الرضاع) ثمانية أصناف :

١ - أصول الشخص من الرضاع وهن أمه رضاعا وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا وأمها وإن علت . فالطفل الذى يرضع من امرأة تعتبر هذه المرأة أما له من الرضاع وتكون بمنزلة أمه من النسب وتصير أم المرضعة جدة له ويصير زوج المرضعة الذي هو سبب ادرار اللبن أبا له بمنزلة أبيه من النسب .

٢ - فروع الشخص من الرضاع وهن بناته رضاعا وابنتها وإن نزلت وابنة ابنه رضاعا وابنتها وإن نزلت فالطفلة التى ترضع من امرأة تصير ابنة لها ولزوج المرضعة الذى هو سبب إدرار اللبن فيحرم على الزوج أن يتزوج بهذه الطفلة وبفروعها وإن نزلت تحريما مؤبدا كما يحرم عليه الزواج بابنته من النسب .

٣ - فروع الأبوين من الرضاع وهن الأخوات رضاعا وبنات إخوته وأخواته رضاعا مهما نزلن سواء اتحد زمن الرضاعة أو لم يتحد . فالطفل الذى يرضع من امرأة يصير ابنا لهذه المرأة ولزوجها وتصير أولاد المرأة وأولاد الرجل وأولادهما أخوة له وأخوات لهذا الطفل من الرضاع يحرم عليه الزواج بواحدة منهن .

٤ - فروع الجد والجدة من الرضاع بشرط انفصالهن بدرجة واحدة وهن عماته وخالاته رضاعا ، فإذا رضع طفل من امرأة صار ابنا لها ولزوجها من الرضاع كما قلنا وتصير أخوات هذه المرأة خالات له من الرضاع وأخوات هذا الزوج عمات له من الرضاع يحرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن كما يحرمن من النسب .

٥ - أم الزوجة رضاعا وكذلك جدتها رضاعا . فإذا كانت زوجة الرجل قد

رضعت فى صغرها من امرأة تكون هذه المرأة أما لهذه الزوجة من الرضاع وأمها جده لها من الرضاع فيحرم على الزوج أن يتزوج بأم زوجته رضاعا وأم أمها رضاعا .

٦ - بنت الزوجة من الرضاع وهي الطفلة التى تكون الزوجة قد أرضعتها قبل أن تتزوج الرجل وكذلك بنات بناتها أما إذا كانت زوجة الرجل قبل تزوجها به قد أرضعت طفلة من زواج سابق كانت هذه الطفلة ابنة للزوجة من الرضاع فإذا ما دخل الزوج بأمها حرم عليه التزوج بهذه البنت .

٧ - زوجة الأب والجد من الرضاع سواء دخل الأب أو الجد أو لم يدخل فالطفل إذا رضع من زوجة رجل وكان هذا اللبن سببه ذلك الرجل فإنه يكون أبا لهذا الطفل من الرضاع فتحرم زوجة هذا الأب كما يحرم الزواج بزوجة الأب من النسب .

٨ - زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع فإذا رضع طفل من زوجة رجل كان ابنا لهذا الرجل من الرضاع فيحرم عليه زوجة هذا الابن وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته .

ما الحكمة فى التحريم بالرضاع ؟

تنفرد الشريعة الإسلامية من بين الشرائع بجعل الرضاع سبباً مانعاً من النكاح وذلك للأمور التالية :

أولا : أن المرضع التى ترضع الولد تغذيه بجزء منها فتدخل أجزاؤها في تكوينه ويكون الولد جزءا منها والطب والحس يثبتان ذلك . فإن لبنها در من دمها وهو ينبت لحم الطفل وينشز عظمه حتى إذا كان دمها ملوثا بمرض مستكن فيه سرت عداوه إلى الطفل وإذا كان الطفل جزءا منها فهى كالأم النسبية محرمة على التأبيد فكذلك الأم الرضاعية .

ثانيا : المرضعة تندمج في الأسرة التى ترضع أحد أولادها فتكون من أفرادها كما أن الطفل يكون فى بيت مرضعته مندمجا فى أسرتها فيكون ذلك التشابك سببا فى جعل أسرة الطفل أسرتها . وإذا كانت العلاقة التى تكون من هذا النوع فى النسب موجبة للتحريم فى كثير من الأحوال فينبغى أن تكون كذلك الرضاعة فى هذه الأحوال .

وقد أعجبت أهل الفقه فى أوربا بتعاليم الإسلام فى الرضاع . فقالوا إن التشجيع على الإرضاع إجبار للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم فإن المرضع إذا علمت أنها فى الشريعة أم لهذا الرضيع لها ما لأمه النسبية من الإحلال . فإنها تقدم على الإرضاع من غير غضاضة وقد يكثر بذلك النسل (١) .

شروط الرضاع المحرم :

لكى يكون الرضاع سببا فى التحريم لابد من توافر الشروط الآتية :

أولا : أن يكون الرضاع من لبن امرأة أما إذا كانت غير ذلك فإن كان لحيوان من الحيوانات فلا يترتب عليه التحريم .

ثانيا : أن يصل اللبن يقينا إلى جوف الطفل بطريق الفم أو الأنف سواء أكان بطريق الإمتصاص من الثدى أو بشربه من إناء أو أنبوبة .

ثالثا : ألا يختلط اللبن بغيره فإذا اختلط اللبن بغيره ثم أعطى للرضيع كانت العبرة بالغالب فإن كان اللبن غالبا ثبت التحريم وإلا فلا تحريم .

رابعا : أن يكون الرضاع فى مدة الإرضاع .

وقد اختلف فى مدة الإرضاع وقدرها جمهور الفقهاء بسنتين فإن حصل الإرضاع فى هذه المدة ولو بعد الفطام ثبت التحريم وإن حصل بعدها ولو قبل الفطام لا يثبت التحريم واحتجوا بأدلة منها :

أولا : قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن

---

(١) انظر الأحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ عمر عبد الله ص ١٦٧

يتم الرضاعة » (١) فقد جعل سبحانه وتعالى تمام الرضاعة بالحولين ولا مزيد على التمام .

ثانيا : قوله تعالى « وفصاله فى عامين » (٢) الفصال معناه الفطام وقد جعله الله تعالى فى عامين فيكون ذلك دليلا على أن أكثر مدة الرضاعة المعتبرة فى نظر الشرع سنتان .

ثالثا : قوله ﷺ " لا رضاع إلا ما كان فى الحولين " .

فهذه الأدلة تفيد أن أقصى مدة الرضاع الذى يثبت به التحريم سنتان .

مقدار الرضاعة المحرمة :

اختلف الفقهاء فى القدر المحرم للرضاع فذهب الحنفية والمالكية إلى أن لا يشترط فى التحريم بالرضاع مقدار معين فقليل اللبن وكثيره سواء فى ثبوت الحرمة بالرضاعة متى تحققت الشروط السابقة ولا فرق بين كون الإرضاع مرة أو أكثر مشبعاً أو غير مشبع لقول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » ، ولقوله ﷺ "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" حيث جعل الشارع الرضاع سببا فى التحريم من غير تقييد بعدد ولا بمقدار معين ولا بكونه مشبعا أو غير مشبع ولا بالمرة أو بالأكثر فمتى حصل الرضاع تعلق به التحريم .

ومذهب الشافعى وظاهر مذهب أحمد وابن حزم أنه يشترط فى ثبوت التحريم بالرضاع أن يكون خمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفرقات وما دون ذلك لا يتعلق به التحريم عندهم .

واستدلوا على مذهبهم بما روى عن عائشة (رضى الله عنها) أنها قالت "خمس رضعات مشبعات يحرمن" وبأن علة التحريم بالرضاع كونه منبتاً للحم ومنشزاً للعظم وهذا لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل وذلك بخمس رضعات مشبعات .

---

(١) البقرة : ٢٢٣

(٢) سورة لقمان : ١٤

وهذا الرأى فيه سعة للناس وتيسير لهم .

أما الرأى الأول ففيه حرج وضيق لأن النساء يتساهلن فى إرضاع الأطفال مرة أو مرتين ولا يتحرجن عن ذلك عادة .

ولا يشترط فى ثبوت الحرمة بالرضاع من رضعوا من المرأة فى زمن واحد فمتى وجد الرضاع منها ولو فى أوقات متباعدة ثبتت الحرمة بالرضاع فمن رضع من امرأة صار أخا لأولادها من النسب أو من الرضاع بدون فرق بين من ولدوا لها قبل رضاعة منها أو بعده وبدون فرق بين من رضعوا منها معه أو قبل رضاعة منها أو بعده (١) .

طرق إثبات الرضاع :

وتثبت حرمة الرضاع بالإقرار أو البينة والمراد بالبينة هى الشهادة وتكفى شهادة المرأة الواحدة (إن كانت ممن تقبل شهادتها) وبهذا قال طاوس والأوزاعى ورواية للإمام أحمد .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يقبل منها إلا شهادة امرأتين .

وهناك قول ثالث فى أن تكفى شهادة المرأة الواحدة مع يمينها .

وقال الشافعى : لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل ويقبل عندهم رجل وامرأتان .

وعند أكثر الزيدية والحنفية لا تقبل إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى « **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** » (٢) .

وقال الإمام مالك يكتفى بشهادة رجل وامرأة إن فشا الأمر بينهما أو من غيرهما من قبل ويثبت بشهادة امرأتين إن فشا الأمر قبل العقد .

---

(١) انظر المحلى ١٠/٩ ، الشرح الصغير ٢/٧٢٠ ، المغنى ٧/٥٣٥ ، فتح القدير ٢/٣٠٥

(٢) البقرة : ٢٨٢

روى أن عقبة بن الحارث تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمه سوداء فقال قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبى ﷺ فأعرض عنى فتنحيت فذكرت له فقال كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك ، وفى رواية أخرى (كيف وقد قيل ؟ دعها فنهاه عنها) ، فهذا الحديث يكون مخصصا لعموم اشتراط شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولابد من عدالة المرأة الشاهدة ، ولا بأس من استحلافها كما روى عن أحمد وغيره .

والإقرار- هو اعتراف الرجل أو المرأة أو اعترافهما بوجود الرضاع المحرم بينهما وهذا الإقرار قد يكون قبل الزواج وقد يكون بعده . فإن كان اعترافهما بالرضاع وإقرارهما بأنهما رضعا من امرأة واحدة وأنهما أخوان رضاعا قبل إصدار عقد الزواج فلا يحل لهما الإقدام على الزواج فإن عقدا كان فاسدا .

وإن كان الإقرار بعد الزواج يجب عليهما أن يفترقا باختيارهما فإن لم يفعلا وجب على القاضى أن يفرق بينهما جبرا (١) .

المحرمات على سبيل التأقيت :

والمراد بهن اللاتى يقبل سبب تحريمهن الزوال فيزول التحريم بزواله فمتى تغيرت الحالة وزال سبب التحريم وارتفع المانع الذى كان قائما بالمرأة المحرمة مؤقتا على من يريد التزوج بها صارت حلالا لمن كانت محرمة عليه فيجوز له أن يتزوجها . ويكون ذلك التحريم فى أحوال كثيرة منها :

أولا : من تعلق بها حق الغير : فيحرم على الشخص أن يتزوج بمن تعلق بها حق للغير بسبب زواج صحيح لا يزال قائما أو بسبب عدة من وفاة أو طلاق أو دخول في زواج فاسد أو دخول بشبهة .

فيحرم على الشخص شرعا أن يتزوج بامرأة متزوجة زواجا صحيحا لقوله

---

(١) أنظر الأم للشافعى ٢٩/٥ ، الشرح الصغير ٧٢٦/٢ ، أحكام الأسرة للدكتور محمد البلتاجى ص ٢٢٤

تعالى فى بيان المحرمات من النساء « **والمحصنات من النساء** » والمراد بالمحصنات فى الآية : ذوات الأزواج بإجماع العلماء .

وهذه الآية معطوفة على قوله تعالى : « **حرمت عليكم أمهاتكم** » فيكون المعنى حرمت عليكم أمهاتكم وحرمت عليكم المتزوجات من النساء فى أية مله سواء أكن مؤمنات أو غير مؤمنات وهذا العموم المستفاد من صيغة الجمع المعرف بأل قد أكد بقوله تعالى « **من النساء** » .

ويحرم أيضا على الشخص أن يتزوج بمن لا تزال فى عدة غيره من طلاق رجعي أو بائن أو وفاه . فالمرأة مادامت فى العدة يحرم على غير الزوج التزوج بها .

لأن الله تعالى أمر المرأة المطلقة أن تتربص مدة من الزمن تعلم بها فراغ رحمها من الولد لكى لا تختلط الأنساب فينسب ما فى بطنها من الولد ساعة الطلاق إلى زوجها الجديد إذا ما أبيح له أن يتزوج بها من حين الطلاق .

ولأن فى إباحة تزوجهم بهن فى أثناء العدة إباحة للإعتداء على حقوق الغير والشرع لا يرضى ذلك ولا يبيحه ، وعلى هذا يحرم على الرجل أن يعقد على امرأة تعلق بها حق للغير إما بكونها زوجة لذلك الغير وإما بكونها فى زمان عدتها من ذلك الغير بسبب الطلاق أو الوفاه .

فأما إذا انقضى تعلق حق الغير بها بأن طلقها أو توفى عنها وانتهت عدتها منه فليس ثمة ما يمنع من الإقدام على التزوج بها . والدليل على ذلك قوله تعالى « **ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله** » نهى الله سبحانه وتعالى الرجال عن أن يبرموا عقد الزواج إلا بعد انقضاء عدة النساء فدل ذلك على حرمة العقد فى أثناء العدة وعلى حله بعدها . ولا فرق فى تعلق حق الغير بالمرأة بين أن تكون عدتها ممن دخل بها وفارقها بعد زواج صحيح أو زواج فاسد أو نكاح شبهة . لأنها على أية حال من هذه الأحوال الثلاثة كانت فراشا للرجل الذى فارقها وعليها أن تعتد عدة نظائرها ونسب ولدها ثابت للرجل الذى كانت تحته .

أما المرأة المزنى بها :

المرأة المزنى بها أو التي فارقها الرجل بعد زواج باطل فلا يحرم الزواج بها بمجرد مفارقتها حتى ولو كانت حاملا من الزنا ولا فرق في جواز التزوج بها بين أن يكون الذي يريد زواجها هو الذي زنى بها أو غيره ثم إذا عقد عليها الذي زنى بها لم تحرم عليه قربانها من حين العقد وإذا عقد عليها غير الذي كان قد زني بها . فإن كانت حاملا حرم عليه قربانها إلا بعد وضع الحمل لقوله ﷺ: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره" رواه أبو داود والترمذي .

وإذا لم تكن حاملا ساغ له قربانها من فور العقد .

وما قلناه لأبي حنيفة والشافعي .

وذهب مالك وأحمد بن حنبل إلى أنه لا يجوز عقد الزواج على المزنى بها إلا بعد أن تعتد إن كان الذي يريد أن يتزوجها غير الذي زنى بها ، وقال أبو يوسف وزفر بن الهذيل: إن كانت المزنى بها حاملا وكان الذي يريد أن يعقد عليها غير الذي زنى بها لم يجز له العقد عليها إلا بعد أن تضع حملها وإن لم تكن حاملا لم تجب عليها عدة ولم يحرم العقد عليها .

ومن هنا نعلم أن إجماع هؤلاء الأئمة منعقد على أن الزاني لو أراد أن يتزوج المرأة التي زنى بها صح زواجه بها ولم تجب عليها عدة لوطء الزنا ولا فرق بين أن تكون قد حملت من الزنا أم لم تكن حاملا فلا عدة عليها إلا عند مالك وأحمد ، والعقد عليها من غير عدة صحيح إلا عندهما . وإن كانت حاملا فالعقد بغير عدة صحيح عند أبي حنيفة والشافعي ومحمد ولكنه لا يقربها إلا بعد وضع الحمل ، والعقد بغير عدة فاسد عند أبي يوسف وزفر ومالك وأحمد (١).

---

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٦/٦٩٣ ، فتح القدير ٢/١٤٥ ، الأم ٥/٣

النوع الثانى من المحرمات : المرأة المطلقة ثلاثا :

أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق امرأته مرتين ويراجعها بعد كل مرة من المرتين بدون عقد ولا مهر جديدين إن كان الطلاق رجعيا وكانت لا تزال فى عدتها منه . وبعقد ومهر جديدين إن كان التطليق بائنا مطلقا وسيأتى تفصيل ذلك فى موطنه . وأباحت له الشريعة بعد ذلك أن يطلقها مرة ثالثة وهذه التطليقة المكملة للثلاث تسمى البينونة الكبرى ولكنها لم تبح له أن يردها إلى عصمته بعد المرة الثالثة إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره ودخل ذلك الغير بها دخولا حقيقيا ثم طلقها ذلك الغير ثم

انقضت عدتها منه ، فإذا حصل كل ذلك جاز لزوجها الأول أن يعقد عليها عقدا جديدا يمهرها فيه مهرا جديدا ثم يدخل بها .

وإذا لم يحصل ذلك كله بأن لم يتزوج غيره أصلا أو تزوجت غيره قبل انقضاء عدتها منه أو تزوجت غيره بعد إنقضاء عدتها منه ولكن لم يدخل بها ذلك الغير دخولا حقيقيا أو دخل بها دخولا حقيقيا ولكنه لم يطلقها أو طلقها ولم تنقض عدتها منه فإنه يحرم على زوجها الأول أن يردها إلى عصمته ، ودليلنا على هذا كله قوله تعالى « **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » (١) .

والمعنى أن للزوج أن يطلق مرتين ويتعين عليه أن يمسك زوجته على عصمته بمعروف بألا يضارها ولا يؤذيها ولا يفارقها فراقا لا كيد فيه . وأما دليلنا على أنه لا يجوز له أن يرد زوجته إلى عصمته بعد الطلقة الثالثة إلا إذا تزوجت غيره ودخل بها ذلك الغير دخولا حقيقيا قوله تعالى « **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** » (٢) .

وهذه الآية دالة على جميع ما ذكرنا إذا قلنا إن لفظ النكاح حقيقة فى

---

(١) البقرة ٢٢٩

(١) البقرة ٢٣٠

الوطء لأنه يصير المعنى حينئذ إذا طلق الرجل زوجته طلقة بعد المرتين تكون الثالثة فإنها لا تحل له حتى تطأ زوجا غيره ومعلوم بأنها لا تطأ غيره إلا بعقد وأن هذا العقد لا يصح إلا بعد انقضاء عدتها من الأول ثم إنها لا تحل لزوجها الأول وهي على عصمه الثاني فلابد أن يطلقها وحيث طلقها لابد أن تعتد عدة المطلقات وحينئذ تحل للزوج الأول .

وقد ورد في السنة ما يؤيد ذلك منها ما رواه أبو داود من حديث عائشة (رضى الله عنها) قالت سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول ؟ قالت: فقال النبي ﷺ " لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر ويذوق عسيلتها " .

والحكمة من ذلك :

هي أن الرجل إذا عرف أنه بعد أن يطلق امرأته مرتين لم يبق على أن تنفصم العروة التي تربط أحدهما بالآخر إلا كلمة واحدة وأنه إذا قالها خرج الأمر من يده ولم يعد أن يجوز له ما كان يجوز من قبل ولم يكن بد من

افتراقهما إلي غير رجعه أصلا أو حتي تتزوج غيره ويطلقها أو يموت عنها وهذان أمران في يد الأقدار فإذا علم الزوج ذلك تريث في الأمر وتأني ولم يقدم على الطلاق إلا إذا كان لا يجد لنفسه مندوحة عنه وإذا علمت الزوجة ذلك أيضا كانت حريصة علي أن يبقى زوجها راضيا طيب النفس فلم تثر همومه ولم تحرك ساكن آلامه فتطيب لهما الحياة ويغض كل واحد منهما طرفه عن ما يأتيه من الهنات الهينات من قبل الآخر .

وأيضا فإن لاشتراط الغير بها ودخوله بها حكمة عظيمة فالزوج الأول إذا رجعت إليه زوجته بعد أن عاشرت غيره وبعد أن أكلت نيران الغيرة قلبه سيحرص كل الحرص على ألا يجرب هذه التجربة مرة أخرى ، والزوجة بمعاشرتها الزوج الثاني ستعرف أخلاق الرجال إن كانت بها جاهلة وستدرك أن الذي تراه من زوجها الأول ليس إلا شيئا مشتركا بين جميع الرجال أو هو عنده أهون مما هو عند سواه .

النوع الثالث من المحرمات :

★ من لا تدين بدين سماوى :

الأديان التى يدين بها الناس نوعان :

النوع الأول : أديان سماوية وهى التى نزل بها الوحى على نبى من الأنبياء والباقى من هذا النوع فى العالم الآن ثلاثة أديان: الإسلام ، والنصرانية ، اليهودية .

النوع الثانى : أديان غير سماوية وهى أديان اخترعها بعض الناس بغير هدى ولا كتاب منير وهذه الأديان تشترك فى أن أهلها لا يؤمنون بنبى ولا كتاب لهم من الكتب الإلهية ، ومن هذه الأديان المجوسية (وهم الذين يعبدون النار) ، والوثنية (وهم الذين يعبدون الأصنام والأوثان) ، والصابئة (وهم الذين يعبدون الكواكب والأجرام السماوية) .

وقد أباحت الشريعة الإسلامية للرجل المسلم أن يتزوج بالمرأة المسلمة وبالمرأة التى تدين بدين سماوى فتؤمن بنبى من الأنبياء وبكتاب من الكتب الإلهية وذلك كالنصرانية التى تؤمن بعيسى بن مريم عليه السلام وبالإنجيل.

وكاليهودية التى تؤمن بموسى عليه السلام وبالتوراه ويسمى هذان الفريقان «أهل الكتاب» .

والدليل على إباحة تزوج المسلم بالمسلمة وبالكتابية قوله سبحانه وتعالى **« اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »** (١) . والمراد بالمحصنات فى هذا الموضع العفيفات ليخرج الزوانى .

وحرمت الشريعة الإسلامية على الرجل المسلم أن يتزوج بامرأة مشركة وهى التى لا تدين بدين سماوى سواء أكانت وثنية أم كانت مجوسية أم

---

(١) المائدة : ٥

كانت صائبة . والدليل على ذلك قوله تعالى « **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم** » (١) ، وحرمت الشريعة الإسلامية على المرأة المسلمة أن تتزوج رجلا غير مسلم سواء أكان كتابيا أم كان مشركا . والدليل على ذلك قوله تعالى « **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم** » (٢) ، وقوله جل شأنه « **يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن** » (٢) .

وإنما حرمت الشريعة الإسلامية ذلك لأن الزواج مبنى على أن يسكن الرجل إلى المرأة وتسكن المرأة إلى الرجل ويجد كل واحد منهما من الأنس بصاحبه وإرتياح النفس له والسرور بمعاشرته ما يملأ عليهما الدار بهجة وقرة أعين ومع اختلافهما في الدين لا يكون ذلك . إذ الغرض أن كل واحد منهما سيكون مستمسكاً بعروة دينه قائماً بالتكاليف التي يوجبها عليه .

فمن حكمة هذه الشريعة أنها حرمت إتصال المتخالفين فى الدين رحمة بأصرة الزوجية أن تكون عرضة للإفساد وقد كان ذلك يقتضى أن تحرم الكتابية على المسلم كما حرمت المشركة . إلا أنه لما كانت الكتابية مقرة لله بالوحدانية وكانت مؤمنة بنبى ما وبكتاب ما قربت من المسلم إذ الخلاف بينهما ليس من بعد الشقة بحيث يدعو إلى دوام النزاع . ولهذا كره العلماء كراهة تحريم للمسلم أن يتزوج بالكتابية الحربية لأن حالة الحرب بين المسلمين وأهل الكتاب فاتحة لباب الفتنه ومعرضة لأبنائه الذين يرزق بهم منها إلى التخلق بأخلاق قومها وإلى غير ذلك من وجوه المفاسد الكثيرة وكره قوم التزوج بالكتابية مطلقاً سواء أكانت حربية أم ذمية أم مستأمنة وإنما

---

(١) البقرة : ٢٢١

(٢) البقرة : ٢٢١

(٣) الممتحنة : ١٠

قوم التزوج بالكتابية مطلقاً سواء أكانت حربية أم ذمية أم مستأمنة وإنما أباحت الشريعة الإسلامية للرجل المسلم أن يتزوج المرأة الكتابية وحرمت على المرأة المسلمة أن تتزوج الرجل الكتابي لحكمة سامية . ذلك أنها قدرت أن الأنوثة ضعيفة وأن الرجل دائما هو صاحب التأثير البالغ والسلطان النافذ . فامرأته بعرضة أن تتأثر بآرائه ! إما خوفا منه وإما رغبة في استجلاب محبته وإما خضوعا لما جرى به العرف بين الزوجات وأزواجهن ، والرجل المسلم معترف بنبوة عيسى وموسى عليهما السلام مأمور من دينه بأن يحترمها ويقدس ذكراهما ويصلي عليهما كما يصلي على نبيه الذى يتبع تعاليمه وهو يسمع كل حين قوله تعالى « لا نفرق بين أحد من رسله (١) » .

فمحال أن يجرى على لسانه شئ من شأنه أن يؤلم زوجته من جهة اتباعها لأحد هذين النبيين الكريمين صلوات الله وسلامه عليهما أما اليهودى والنصراني فإن كل واحد منهما لا يؤمن بنبوة سيدنا محمد ﷺ بل هو مكذب له فى دعواه النبوة . فإذا كان زوج المرأة المسلمة واحداً من هؤلاء فإنه البتة سوف لا يتحرج من الرسول الكريم جريا وراء عقيدته وسوف لا يجد مانعاً من إيلام زوجته وتعنيفها على اتباع هذا الرسول فتسوء العشرة بينهما وتبقى بحيث لا يتحملها أحدهما فإما أن يفترقا إن استمسكت المرأة بدينها أو تتحلل المرأة من دينها إن آثرت مرضاه زوجها .

وفى كلا الأمرين من الخطر ما تعمل الشريعة الإسلامية جاهدة على دائه فزواج المسلم بالكتابية لا يؤثر غالبا على تدينها وزواج المسلمة بالكتابى له فى أغلب الأحوال التأثير الشديد على تدينها ، لهذا بادرت الشريعة بسد هذه الذريعة فحرمت زواج المسلمة بغير المسلم ولم تفرق بين وثنى وكتابى لأن العلة واحدة فيهما جميعاً إذا كان مدار الإسلام على الإقرار بالوحدانية وبنبوة سيدنا محمد ﷺ .

---

(١) البقرة : ٢٨٥

فليس تعصبا ولا أنانية ولا استعلاء على الناس أن يبيح الإسلام للرجل المسلم أن يتزوج المرأة الكتابية ولا يبيح للرجل الكتابى أن يتزوج المرأة المسلمة ولكنه تقدير دقيق لكل حالة من الحالتين ولو أنعم النظر فيهما ذو رأى غير متعصب لما خرج إلا بهذا الحكم .

النوع الرابع :

★المرأة الخامسة لمن كان متزوجاً بأربع سواها :

الأصل فى هذا الموضوع قول الله تعالى : « **وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة** »(١) ، وقد استدل العلماء بهذه الآية على أن يباح للرجل أن يجمع فى عصمته بين أربع نساء وأن يحرم عليه الزيادة عليهن .

أما الإستدلال بالآية على إباحة الجمع بين أربع نساء فأنه ظاهر وأما الإستدلال بها على حرمة الزيادة عن الأربع فلأن هذه الآية مسوقة فى هذا الموضع لبيان العدد الذى يحل للرجل أن يبلغ إليه فتمتنع الزيادة على ما ذكر فيها وليست مسوقة لإفادة إباحة الزواج من غير نظر إلى العدد لأن إباحة الزواج كانت معلومة قبل نزولها بالكتاب والسنة القولية والفعلية .

وقد وردت السنة عن النبى ﷺ بما يؤيد ذلك ، فمنها ما رواه الترمذى عن عبد الله بن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم وكان له عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبى ﷺ أن يتخير منهن أربعاً . ومنها ما رواه أبو داود عن الحارث بن قيس قال: أسلمت وعندى ثمان نسوة فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال : " اختر منهن أربعاً " .

فلا يجوز للمسلم أن يجمع في عصمته بين أكثر من أربع نسوة بهذه الأدلة التي سقناها ومن كان فى عصمته أربع نسوة فعقد زواجه على خامسة فإن هذا العقد فاسد . ولا فرق بين أن يكون الأربع فى عصمته

---

(١) النساء : ٣

حقيقة وبعضهم في عصمته تقديرا ، بأن يكون قد طلق بعضهم ولا تزال عدة المطلقة قائمة وسواء في ذلك أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا بينونة صغرى أو كبرى لأن زواج المطلقة باق من وجه بدليل بقاء بعض آثاره فيبقى المنع احتياطاً ، وهذا لأبي حنيفة وأحمد وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وقال الشافعي ومالك : إن كانت العدة عن طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى جاز أن يتزوج وإن كانت عن طلاق رجعي لم يجز .

وإنما أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات لحكمة جليلة ، فإن الرجل قد لا تندفع حاجته إلا بأكثر من واحدة ، وقد دلت الإحصاءات على أن عدد النساء في كثير من البلاد أكثر من عدد الرجال فلو وجب أن يقتصر كل رجل على امرأة واحدة ليبقى في كل بلد عدد من النساء لا يجد أزواجا ، لهذا ألزمت الأمة كل من بلغ سن الزواج أن يتزوج فإن لم تفعل زاد عدد المعضولات عن الزواج زيادة تجر أخطارا أي أخطار وفي هذا فساد ليس بالقليل . ثم إن الرجال قد يتعرضون للموت في الحروب التي لا ينطفئ أوارها والنساء لكونهن لا يعملن في صفوف الجهاد فيزيد عددهن الزيادة الكبيرة الباعثة على التفكير الصحيح في مصائرهن .

ومن الحكمة الجليلة تعدد الزوجات أن كثرة النسل مرغوب فيه غالبا من قبل الشارع وهو مقصد من مقاصد الزواج كما قلنا من قبل وهذا الأمر يتحقق على أكمل الوجوه بتعدد الزوجات .

وقد يقول قائل : إن تعدد الزوجات سبب من أسباب تقوض الأسرة وانهيار نظام البيت لأنه يوجد الشحناء بين الزوجات ويورث نيران البغضاء في قلوب الأبناء . وهذا قول لا معنى له : لأن السبب الحقيقي في هذا الفساد الذي يزعمون ليس هو تعدد الزوجات ولكنه جهل الشعب وفساد خلقه وترك الأمة حبل الأبناء على غرائزهم والجهل يمكن أن يزول بالتعليم الذي أصبح في نظر المتمدين حقا من حقوق كل فرد من أفراد الشعب وفساد الخلق يمكن أن يزول بحسن التعهد للشعب وإرشاده إلى ما فيه خيره وفلاحه ، وأما زيادة عدد النساء على عدد الرجال هذه الزيادة التي

يشعر بها أغلب شعوب الأرض فليس في طاقة أحد من الناس أن يصلحها وأما موت الرجل في الحروب التي تذكى الأمم الراقية لهيبها وبقاء النساء بلا عائل ولا معين فليس في طوق أحد أن يضع له حداً .

ونحن على ثقة من أن البلاد والأنظمة التى تعيب على التعدد ستفكر فى يوم قريب فى إباحة تعدد الزوجات .

النوع الخامس :

من المحرمات على سبيل التأقيت (الجمع بين محرمين) :

والأصل في هذه المسألة قوله تعالى « **وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف** »(١) فالنص يدل على أنه يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته بين امرأة وأختها فلا يحل لرجل أن يتزوج الأخت على أختها سواء أكانت الأخت الأولى باقية عنده أم كان قد طلقها ولم تنقض عدتها .

أما إذا طلق الأولى وانقضت عدتها منه فلا يحرم عليه أن يتزوج الأخت الثانية لأن المنهى عنه إنما هو الجمع بينهما ولما كانت آثار الزواج باقية ببقاء العدة اعتبر وجود الأثر كوجود الأصل .

الحكمة في تحريم هذا الجمع :

أن العادة بين الضرات قائمة على الشجار والنزاع والكيد إذ كل واحدة من الضرتين تحاول ما وسعها الجهد أن تستأثر الزوج وعطفه وجذبه فلو أبيح الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد لكنا قد عرضنا هذه القرابة القريبة إلى التناحر والشقاق والتدافع فكنا بذلك مجيزين لقطع أواصر الأرحام فتكون قد أخللنا بالحكمة التي شرع الله الزواج من أجلها وهي التواد والتراحم الواردان في قوله تعالى « **وجعل بينكم مودة ورحمة** » .

ولما كانت هذه العلة موجودة فى المرأة وعمتها وفى المرأة وخالتها وفى المرأة وابنة أخيها وفى المرأة وابنة أختها أضاف النبى ﷺ هذه المذكورات إلى ما ذكرته الآية الكريمة فقال : « **لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم** » .

---

(١) النساء : ٢٣

والقاعدة فى هذا الموضوع :

أنه لا يجوز الجمع فى عصمة رجل واحد بين امرأتين لو فرضت إحداهما رجلا لحرمت الأخرى عليه . فلو فرضنا أن الأختين إحداهما رجلا لحرم عليه أن يتزوج بالأخرى لأنها أخته . وكذلك المرأة وخالتها لو فرضنا إحداهما رجلا لحرمت الأخرى عليه لأننا لو فرضنا الخالة رجلا حرمت الأخرى لكونها بنت أخته ولو فرضنا بنت الأخت رجلا حرمت الأخرى عليه لكونها خالته وكذلك البنت وعمتها لو فرضنا إحداهما رجلا لحرمت الأخرى لأننا لو فرضنا العمة رجلا حرمت الأخرى عليه لكونها بنت أخيه ولو فرضنا بنت الأخ رجلا حرمت الأخرى لكونها عمته والمرأة وبنت أختها هى بعينها المرأة وخالتها والمرأة وبنت أخيها هى بعينها المرأة وعمتها .

ومن هنا تدرك السر فى اقتصار الحديث الشريف على المرأة وخالتها والمرأة وعمتها مع أننا نستدل به على الأصناف الأربعة جميعا ذلك لأنها إن كانت أربعا فى اللفظ فهى اثنتان فى المعنى والحقيقة .

ونريد أن نلفت النظر هنا إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول: أن المحرمية بسبب الرضاع مثل المحرمة بسبب النسب فكما لا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين نسبا فكذلك لا يجوز له أن يجمع بين الأختين رضاعا .

وكذلك البنت وخالتها من الرضاع والبنت وعمتها من الرضاع والمرأة وابنه أخيها من الرضاع والمرأة وابنة أختها من الرضاع .

الأمر الثانى: اختلف العلماء فى أنه هل يجب أن تكون المحرمة المعيضة لتحريم الجمع من الجانبين أم يحرم الجمع بين المحرمين اللتين لو فرضت إحداهما رجلا حرمت عليه الأخرى ولو من جانب واحد ؟

ويعبارة أوضح من هذه :

نحن فى تحريم الجمع بين المرأة وخالتها مثلا قلنا: إننا لو فرضنا بنت الأخت رجلا حرمت عليه الأخرى لكونها خالة ، ولو فرضنا الخالة رجلا

حرمت عليه الأخرى لكونها بنت أخيه فهذه المحرمية ثابتة من الجانبين من جانب بنت الأخت ومن جانب الخالة ، وهناك محرمية ثابتة من ناحية واحدة على معنى أننا لو فرضنا إحدى المرأتين رجلا حرمت عليه الأخرى ولو فرضنا الأخرى هى الرجل لم تحرم عليه الأولى ، ومن أمثلة ذلك :

المرأة وزوجة أبيها لو فرضنا المرأة رجلا حرمت عليها زوجة الأب ولو فرضنا زوجة الأب رجلا لم تحرم عليها ابنة زوجها من غيرها فـ ثلا: تزوج على فاطمة فولدت له عائشة ثم ماتت فاطمة أو طلقت فتزوج على خديجة ثم مات على أو طلق خديجة فهل يجوز رجل آخر أن يجمع بين عائشة ابنة على وخديجة زوج على التى ليست أم عائشة ؟

ذهب زفر أنه لا يجوز له الجمع بينهما لأنه اعتبر المحرمية من جانب واحد كافية فى تحريم الجمع .

وذهب العلماء الثلاثة إلى أنه يجوز الجمع بينهما ، لأن المحرمية التى تحرم الجمع هى ما كانت من الجانبين جميعا عندهم .

الأمر الثالث : لو أن رجلا أقدم على الجمع بين امرأتين يحرم الجمع بينهما فما الحكم . لبيان ذلك نقول :

أنه إما يتزوجهما بعقد واحد وإما أن يتزوجهما بعقدين فإن تزوجهما بعقد واحد فإما أن تكون كل واحدة منهما قابلة للزواج به بالا يوجد ما يمنع من العقد عليها ، وإما أن يكون بإحداهما مانع يمنع من العقد عليها ، وإذا تزوجهما بعقدين فإما أن يكون أحد العقدين قد استوفى جميع الشروط المعتبرة لصحة عقد الزواج دون الآخر ، وإما أن يكون كل واحد من العقدين قد استوفى جميع شروط عقد الزواج .

فإن تزوجهما بعقد واحد وكان بإحداهما مانع يمنع من صحة العقد عليها كأن تكون أخت الزوج من الرضاع أو معتدة من طلاق غيره أو وفاته فإن العقد بالنسبة لمن قام بها هذا المانع فاسد تجرى عليه جميع أحكام الزواج

الفاسد وهو صحيح بالنسبة لمن لا مانع بها .

وإن تزوجهما بعقد واحد وليس بواحدة منهما ما يمنع من صحة العقد عليها فالعقد فاسد بالنسبة لهما جميعا وتجرى عليه أحكام الزواج الفاسد من وجوب الإفتراق على الزوج والزوجتين جميعا وإذا لم يفعلوا فرق القاضى بينهما وإذا افترقوا أو فرق القاضى بينهم قبل الدخول فلا مهر لواحدة منهما . وإن كان الإفتراق ، أو التفريق بعد الدخول بهما أو بإحداهما فللدخول بها الأقل من مهر المثل ومن المسمى بأن كانوا قد سموا لكل واحدة مهرا وإن لم يكونوا قد سموا لكل واحدة منهما مهرا كان للمدخول بها مهر المثل .

وبالجملة تترتب على الدخول فى هذه الحالة جميع الآثار التى تترتب على العقد الفاسد .

وإن يتزوجهما بعقدين مختلفين وكان أحد العقدين قد استوفى جميع الشروط المعتبرة لصحة العقد ولم يستوفها العقد الآخر فالذى استوفى جميع الشروط من العقدين هو الصحيح والذى لم يستوفها فاسد سواء أكان متقدما على غير المستوفى أم كان مقارنا له أم كان متأخرا عنه .

وإن تزوجهما بعقدين مختلفين وكان كل واحد من العقدين قد استوفى جميع شروط الصحة فإما أن يعلم أن أحدهما سابق على الآخر وإما ألا يعلم أن أحدهما سابق على الآخر فالذى علمت أسبقيته صحيح والذى علم تأخره فاسد تترتب عليه جميع الآثار المترتبة على العقد الفاسد . وإذا لم تعلم أسبقية واحد منهما أو علمت ثم نسيت فكلا العقدين فاسد ولا يجوز فى هذه الحالة الحكم بصحة أحدهما دون الآخر لما يلزم عليه من ترجيح أحد المتساوين بغير مرجح .

الزواج عند اختلاف الدين :

المراد بغير المسلمين كل من يدينون بدين غير دين الإسلام سواء أكانوا من أهل الكتاب أم كانوا من أهل المشركين ، والغرض من بحث أحكام زواج

بعضهم ببعض بيان ما يقرون عليه من أحكامه وما لا يقرون عليه فى حال تدينهم بدينهم إذا ترافعوا إلينا وبيان ما يقرون عليه وما لا يقرون عليه من هذه الأحكام إذ فرض أن بعضهم دخل فى دين الإسلام .

وقد بنت الشريعة الإسلامية معاملة غير المسلمين الذين يعيشون في بلاد الإسلام ويستظلون بحماية أهله على أعدل أساس اجتماعي وأقربه إلى التسامح وذلك أنها فرضت على المسلمين أن يتركوا غير المسلمين فيما يتعلق بشئونهم الخاصة التى ليس فيها تعرض للنظام العام ولا تشتمل على شئ من التعدى على حقوق غيرهم أمرت الشريعة الإسلامية أن نتركهم وما يعتقدون ومعنى ذلك أنه إذا فعل أحدهم شيئا فى خاصة نفسه يقره عليه دينه لم يكن للمسلمين أن يتعرضوا له ولو كان الإسلام لا يقر ذلك العمل . فلو أن رجلا من أهل الكتاب تزوج بنت أخيه أو بنت أخته أو تزوج بغير شهود أو تزوج امرأة كتابية وهى فى العدة من طلاق رجل كتابى آخر أو تزوج المجوسى بنته أو أمه وكان كل واحد مما ذكر جائزا فى دين فاعله فليس لأحد من المسلمين أن يتعرض له وليس للقاضى المسلم أن يتدخل فى شأن من هذه الشئون .

ولو أنهم ترافعوا إلينا فى شأن من الشئون المترتبة على عقد الزواج كأن يكون رفع الزوج اليهودى المتزوج ببنت أخيه دعوى على زوجته هذه يطلب الحكم له عليها بالطاعة أو رفعت زوجة المجوسى التى هى بنته أيضا دعوى تطلب فيها الحكم لها عليه بنفقة الزوجية أو بأجرة حضانة ولدها منه أو غير ذلك من دعاوى الأحوال الشخصية ؛

فليس للقاضى المسلم أن يبحث فى صحة زواج هذين الزوجين اللذين ترافعا إليه فى شأن من الشئون المترتبة عليها ما داما قد تزوجا زواجا صحيحا فى دينهما .

نعم يجب على القاضى أن يتعرض لصحة زواجهما على ما يطابق أحكام الإسلام ويمضى عليهما حكم ديننا فى ثلاثة مواضع :

الأول : أن يكون في زواجهما اعتداء على حق من حقوق واحد من المسلمين فلو فرضنا أن رجلا مسلما كان متزوجا بامرأة كتابية ثم طلقها وقبل انقضاء عدتها تزوجها رجل كتابى آخر فإنه يجب على من بلغه أمرهما من المسلمين أن يرفع الأمر إلى القاضي ويجب على القاضي أن يفرق بينهما لأن في إقدام هذين الزوجين على الزواج في هذه الحالة إهداراً لحق المسلم في مراجعة زوجته وفي المحافظة علي ما عسي أن يكون مستقرا في بطنها من الولد ويستوي في هذه الحال أن يكون دينهم يقر ما فعلاه وألا يكون مقرا له .

الثاني : أن يختصما إلينا في أصل الزوجية ويطلبان من قاضي المسلمين أن يحكم بينهما في أصل زواجهما بما تقتضيه الشريعة الإسلامية ففي هذه الحالة يجب على القاضي المسلم أن يبحث في عقد الزواج الذي يعيشان معا بمقتضاه: هل وقع مستوفيا شروط صحته التي تشترطها الشريعة الإسلامية فإن كان كذلك فيها وإلا فإن تبين أن سبب فساده راجع إلي كون العقد قد حصل بغير شهود أو راجع إلي أن الزوجة وقت العقد كانت معتدة من طلاق زوج غير مسلم فإن القاضي يحكم بصحة هذا العقد أيضا متي كان دينهم يقر ذلك أما إن تبين أن سبب فساده راجع إلي المرأة محرم لزوجها أو راجع إلي أن العقد يحكم ببطلان هذا الزواج ولا نظر حينئذ إلي كون دينهم يقر هذا أو لا يقره .

وهل يجب في هذه الحالة أن يتراضيا جميعا على الترافع إلينا أم يكفى أن يجيئنا واحد منهما إما الزوج وإما الزوجة . قال أبو حنيفة: لابد أن يتراضيا جميعا على الترافع إلينا. وقال محمد: يكفي أن يطلب واحد منهما ذلك .

الثالث : أن يسلم الزوجان أو أحدهما فلا يخلو الأمر :

أولا : إما أن يسلم الزوجان جميعا ولا يخلو حالهما من أن يكون العقد الذى تزوجا به في وقت زواجهما مما يقره الإسلام بأن يكون مستكملا لشروط الصحة أو أن يكون العقد الذى تزوجا به مما لا يقره الإسلام وفي

الحالة الأخيرة إما أن يكون السبب الذى يقتضى عدم إقرار الشريعة الإسلامية للعقد الذى تزوجا به هو كون هذا العقد قد تم بينهما بدون شهود وكون الزوجة فى وقت العقد عليها كانت معتدة من طلاق زوج آخر غير مسلم أو يكون السبب غير ما ذكرنا كأن تكون الزوجة محرما لزوجها أو تكون فى وقت العقد عليها معتدة من طلاق زوج آخر مسلم .

فإن كان العقد الذى تزوجا به مما لا تقره هذه الشريعة لسبب عدم حضور شهود أو كون الزوجة معتدة من طلاق زوج آخر غير مسلم فإننا نقرهما عليه ولا نطالبهما بالإفتراق وإن كان العقد الذى تزوجا به مما لا تقره الشريعة لسبب آخر غير السببين المذكورين كأن تكون الزوجة محرما لزوجها أو تكون فى وقت العقد معتدة من طلاق زوج مسلم فإننا لا نقرهما على هذا الزواج ونلزمها بالإفتراق فإن افترقا من تلقاء أنفسهما فيها وإن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما وجب على من علم حالهما من المسلمين أن يرفع

أمرهما إلي القاضى ليفرق بينهما شأن كل عقد فاسد وقع بين المسلمين وذلك لأنهما حين دخلا فى الإسلام قد إلتزما جميع أحكامه ومن أحكام الإسلام التفريق بين كل زوجين يتعاشران معاشرة الزوجية بدون عقد صحيح شرعاً .

ثانيا : أن يسلم الزوج وحده . وفى هذه الحالة لا يخلو حال الزوجة الباقية على دينها من أن تكون كتابية تؤمن بدين سماوى وبكتاب من الكتب المنزلة أو لا تكون كتابية بأن تكون مجوسية أو صابئة أو وثنية مثلا .

فإن كانت الزوجة كتابية لم نتعرض لها ولم نفرق بينهما لأن غاية ما فى هذه الحال أن مسلما يتزوج فى حال إسلامه فهو جائز فى حال الإبتداء فلأن يجوز فى حال البقاء والدوام من باب أولى .

وإن كانت الزوجة التى بقيت عن دينها غير كتابية عرضنا عليها أولا أن تسلم أو تعتنق دينا سماويا فإن فعلت تركناهما بحالهما ولم نفرق بينهما

مادام زواجهما مما يقره الإسلام وإن لم تفعل لم نتركهما بل نفرق بينهما .

أما فى الحالة الأولى فلأن الزوجة إذا أسلمت فقد صار الزوجان مسلمين فيقران على زواجهما بالتفصيل الذى ذكرناه . وإن خرجت من الوثنية إلى النصرانية أو اليهودية مثلا فقد صار الزوج مسلما والزوجة كتابية وهذه حالة تجوز ابتداء فتجوز بقاء ودواما .

وأما فى الحالة الثانية وهى إذا ما أصرت الزوجة على دينها غير السماوى فلأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة تدين بدين غير سماوى لا فى الإبتداء ولا فى البقاء والدوام .

ثالثا : أن تسلم الزوجة وحدها ولا يخلو حال الزوج فى هذه الحالة من أن يكون أهلا لعرض الإسلام عليه بأن يكون بالغاً عاقلاً أو بأن يكون صبيا مميزا أو يكون غير أهل لعرض الإسلام عليه بأن يكون مجنونا أو صبيا غير مميز .

فإن كان الزوج أهلا لعرض الإسلام عليه عرضنا الإسلام عليه فإن أسلم تركناهما ولن نفرق بينهما مادام زواجهما مما يقره الإسلام على البيان الذى ذكرناه وإن لم يقبل الإسلام فرقنا بينهما . ولا فرق فى هذه الصورة بين أن يكون الزوج كتابياً وأن يكون غير كتابى لأن المرأة المسلمة لا يجوز أن تتزوج إلا بالرجل المسلم كما قلنا من قبل .

وإن كان الزوج غير أهل لأن يعرض الإسلام عليه فإن كان ذلك بسبب كونه مجنوناً عرضنا الإسلام على أبويه فإن أسلم أحدهما أبوه أو أمه حكمنا بأسلامه تبعا لإسلام من أسلم منهما وأقررنا زوجية هذا المجنون للزوجة التى أسلمت إن كانت هذه الزوجية ما يقرها الإسلام وإن أبى والداه جميعا الدخول فى الإسلام أو لم يكن له أب ولا أم أقمنا وصيا له ليكون أحكم فى مواجهته ثم حكمنا بالتفريق بينه وبين زوجته التى أسلمت .

وأما إن كان سبب عدم أهليته لعرض الإسلام عليه هو كونه صبيا غير مميز فإننا ننتظر به التميز ومتى بلغ سن التمييز عرضنا عليه الإسلام فإن

أسلم تركنا له زوجته إن كان زواجهما مما تقره الشريعة وإن لم يسلم فرقنا بينهما .

ووجه التفرقة بين الصبي غير المميز والمجنون : حيث انتظرنا الصبي ولم نفرق بينه وبين زوجته عقيب إسلامها ولا عرضنا الإسلام على أبويه ثم بالتفريق بينهما إن أبيا جميعا أو تعجلنا إن لم يكن له أب ولا أم .

وجه التفرقة بينهما :

أن لبلوغ الصبي سن التمييز وقتاً معلوماً والإنتظار إلى وقت معلوم مما يمكن احتماله ، وأما إفاقة المجنون فليس لها وقت معلوم وقد يطول جداً فتضرر الزوجة بهذا الإنتظار .

ومن مبادئ الشريعة الإسلامية أنه لا ضرر ولا ضرار فكان لابد من فك خناق هذه الزوجة قبل أن يطول بها الأمد فتقع في الحرج وقد جرت المحاكم على أن الزوجة لو أسلمت ثم تقدمت إلى القضاء طالبة التفريق بينهما وبين زوجها وطلبت المحكمة زوجها للحضور لتعرض عليه ولم يحضر وتكرر ذلك منه كان تكرار عدم الحضور بعد الطلب وبعد التحقق من وصول طلب الحضور إليه بمثابة الإباء فكأنه حضر وعرض عليه الإسلام فأبى وبذلك يحكم القاضي بالتفريق بينه وبين زوجته وهو من باب الحكم بالإمارات والقرائن لأن عدم الحضور مع علمه بأنه مطلوب وتكرر ذلك منه يوقع في القلب أنه لا يريد أن يقبل ما يدعى له .

كما جرت على أنه إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غائباً غيبة منقطعة بحيث صار لا يعرف مكانه فإنه يحكم بالتفريق بينهما بمجرد طلب الزوجة ذلك وثبوت غيبته الغيبة المنقطعة ، لأنه لا ولاية للقاضي حينئذ على إحضاره لعرض الإسلام عليه وفي انتظاره ضرر محقق بالزوجة . (١)

---

(١) أنظر هذا الموضوع فى المهذب لأبى اسحق الشيرازى ٢/٥٤ .

زواج المرتد والمرتده

المرتد : من رجع عن دين الإسلام اختياراً بدون إكراه على تركه .

وإذا ارتد المسلم عن دينه بانت منه زوجته ، مسلمة كانت أو كتابية ولا يجوز له أن يتزوج أثناء ارتداده بمرتده مثله ولا بمسلمة ولا بكافرة أصلية .

لأن الزواج يعتمد الملة ولا ملة للمرتد ، لأنه ترك دينه ولا يقر على الدين الذى اعتنقه ولو كان دينا سماويا ولأنه بارتداده عن الإسلام طوعاً واختياراً ارتكب جريمة وصار حرباً على المسلمين ، فاستحق عقوبة القتل ويهمل ثلاثة أيام ليتوب وتزال شبهته إن كانت له شبهة فيرجع إلى الإسلام فإن أبى قتل بعد مضى مدة الإمهال .

وأما المرتدة:

فلا يجوز أن يتزوجها أحد مسلماً كان أو كتابياً أو مرتداً أو مشركاً لأنها تحبس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ولأنه لا تنتظم الحالة هذه المصالح الزوجية والزواج لم يشرع لذاته وإنما شرع لما يترتب عليه من مصالح ولهذا يفسخ عقد الزواج إذ ارتد أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام سواء الذى ارتد عن الإسلام : الزوج أو الزوجة (١)

زواج الكتابيات (٢) :

لا يخلو حال عقد الزواج من إحدى صور أربع :

الحالة الأولى: أن يكون الزوج مسلماً والزوجة مسلمة وقد علمنا ذلك فيما تقدم .

الحالة الثانية: أن يكون الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة وقد بينا فيما مضى ما يجوز منه وما لا يجوز ولكن له فروعا أخرى سنتعرض لها بعد قليل .

---

(١) أنظر : المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ٤٨

(٢) أنظر : المهذب جـ ٢ ص ٤٦

الحالة الثالثة: أن يكون الزوج غير مسلم والزوجة غير مسلمة كذلك وسنبين ذلك فى حينه .

الحالة الرابعة: أن يكون الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة وقد علمنا حكمة ذلك من قبل وهو التحريم والإبطال بالإجماع .

وقد قلنا من قبل : إن بعض العلماء كرهوا للرجل المسلم أن يتزوج امرأة كتابية حربية مخافة على ولدها . كما أن من العلماء من ذهب إلى كراهية تزوج المسلم بكتابية مطلقاً ، ومن العلماء من رأى أنه يندب للمسلم أن يتزوج الكتابية إذا كان يرجو أن تسلم وإذا أراد المسلم أن يتزوج كتابية: فإن كانت عاقلة صح له أن يعقد عليها بمباشرتها هى بنفسها للعقد أو بوكالة غيرها عنها وإذا كانت صغيرة أو كبيرة أو معتوهة أو مجنونة لم يصح العقد عليها إلا بمباشرة وليها الذى يوافق دينه دينها .

ويجوز أن يكون شهود عقد المسلم على الكتابية من المسلمين ويجوز أن يكونوا من أهل الكتاب سواء أكانوا موافقين للزوجة فى دينها بأن كانوا نصارى وهى نصرانية مثلا أم كانوا مخالفين لها فى دينها بأن كانوا نصارى وهى يهودية أو بالعكس . وإذ قد صح ذلك فإنه يصح من باب الأولى أن يكونوا موافقين فى الديانه مع اختلاف النحلة ، بأن تكون الزوجة من اليهود القرائين والشهود الربانيين ، أو بأن تكون الزوجة من النصارى البروتستانت والشهود من النصارى الكاثوليك . وما أشبه ذلك .

وخالف فى هذه المسألة الأخرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فقالوا لا يجوز أن يكون شهود زواج المسلم إلا مسلمين سواء كانت الزوجة مسلمة أم كتابية .

★واعلم أن جميع الأحكام والحقوق والواجبات المترتبة على عقد زواج المسلم بالمسلمة تترتب بنفسها على عقد زواج المسلم بالكتابية فلا فرق بين

التزوج بالكتابية والتزوج بالمسلمة فى شئ من الأحكام والحقوق والواجبات إلا فيما نوضحه فيما يلى :

أولا : شهود عقد زواج المسلم بالمسلمة يجب أن يكونوا مسلمين ولا يشترط ذلك فى عقد زواج المسلم بالكتابية ومع صحة العقد بشهادة الكتابين لو اختلف الزوجان فى الزوجية والزوجة كتابية فإن الزوج هو الذى يدعي الزواج بها وهى المنكرة للزواج يثبت الزواج بشهادة الكتابيين .

ولو كانت هى التى تدعى الزواج وهو الذى ينكره لم يثبت الزواج فى هذه الحالة إلا بشهادة المسلمين .

ثانيا : إذا تزوج مسلم مسلمة ثم مات أحدهما والزوجية قائمة ورث الحي منهما الذى مات .

ولو تزوج المسلم كتابية ثم مات أحدهما والزوجية قائمة لم يرث الحي شيئا لأن اختلاف الدين مانع من موانع الإرث .

ولكن لا مانع من أن يوصى المسلم لزوجته الكتابية ولا العكس وكل منهما أجنبى عن الآخر من جهة الميراث فتنفذ وصيته للآخر إلى الثلث بدون توقف على إجازة الورثة .

ثالثا : الأولاد الذين يرزق المسلم بهم من زوجته الكتابية يوافقون أباهم فى دينه فهم مسلمون مثله سواء أكانوا ذكوراً أم كانوا إناثاً .

ويترتب على ذلك أنهم يرثون أباهم إذا مات لاشتراكهم معه فى الدين ولا يرثون أمهم لأنهم يخالفونها في الدين ولو كان لأحدهم مال فمات ورثه أبوه ولم يرثه أمه للعلة التي ذكرنا بخلاف الأبناء الذين يرزق المسلم بهم من زوجته المسلمة فإنهم يرثون أباهم ويرثون أمهم .

رابعا : أذا خرجت المرأة الكتابية المتزوجة بمسلم من دينها إلى دين سماوى آخر كأن كانت يهودية فتنصرت أو كانت نصرانية فتهودت لم ينفسخ زواجها بل يبقى زواجها بالمسلم لأن الدين الذى خرجت إليه مثل الدين الذى خرجت منه .

ولو فرضنا أنه أراد أن يعقد عليها من أول الأمر (وهى على دينها الجديد)

لم يمنع من ذلك مانع .

أما إذا خرجت الكتابية من دينها السماوى إلى غير دين أصلاً أو خرجت إلى دين غير سماوى كأن كانت نصرانية فصارت صائبة تعبد الكواكب . فأنه لا يجوز بقاء الزواج بينهما ، ويعرض عليهما أن يفسخا فإن فعلا فالأمر ظاهر وإن امتنعا وجب على من علم حالهما من المسلمين أن يرفع الأمر إلى القاضي ليرفق بينهما ، وقد حظر التشريع المصرى على المأذونين

أن يباشر أحدهم عقد زواج رجل مسلم بامرأة كتابية وجعلت ذلك من اختصاص القضاء بعد القيام باجراءات خاصة وقد وضعت لهذا النوع من عقود الزواج وثيقة خاصة دون فيها أهم حقوق الزوجية التى تقتضى بها الشريعة الإسلامية ويفهمهما القاضى ذلك حتى ينشأ الزواج وهما على بينه من هذه الحقوق تجنباً لوقوع المشاكل فى المستقبل (١) .

إثبات دعـــوى الزواج
فى الشريعة الإسلامية والقانون

الأصل الشرعى فى الزواج أن يثبت بكل وسائل الإثبات ، ووسائل الإثبات الشرعية ثلاث : وهى الإقرار والبينة والنكول عن اليمين فلو أن امرأة رفعت دعوى على رجل تدعى فيها أنه زوجها فاقر الرجل أمام القاضى بتزوجه بها ثبت الزواج بينهما وترتبت عليه كل الآثار التى ترتبت على الزواج .

وكذلك لو أن رجلا أدعى على امرأة أنها زوجته فاقرت هى بذلك ثبت الزواج وترتبت عليه آثاره من وجوب الدخول فى طاعة الزوج على الزوجة ونحو ذلك .

ولو أن امرأة ادعت على رجل أنه زوجها فسأله القاضى فأنكر فطالب المرأة بإقامة البينة على ما تدعيه فجاءت بينة مقبولة تؤيد هذه الدعوى فإن الزواج يثبت بها وتترتب عليه جميع آثاره ، ولو أن امرأة ادعت على رجل أنه

---

(١) أنظر المحرمات من النساء فى المهذب للشيرازى ٢/٤٤ ، نيل الأوطار للشوكانى ٦/٤٨ وما بعدها ، الشرح الكبير ٢/٢٩٥ وما بعدها .

زوجها فسأله القاضى عن هذه الدعوى فأنكرها فطالب المرأة بالبينة فعجزت عن الإتيان بها أو جاءت ببينة لم تقبل القاضى شهادتها فطالبت المرأة بتوجيه اليمين إلى الرجل فطلب إليه القاضى أن يحلف فنكل عن الحلف فإن الزواج يثبت بهذا النكول وتترتب عليه جميع آثاره ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النزاع بين الرجل والمرأة أنفسها وأن يكون بين أحدهما وورثة الآخر وأن يكون بين ورثتيهما: هذا هو الأصل فى الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة لإثبات دعوى الزواج فى القانون :

فقد علمت من قبل أن عقد الزواج إذا تم مستكملاً لأركانه وشروطه الشرعية كما تكلمنا من قبل . فإن العقد يكون صحيحا نافذا لازما سواء كان الزوجان بالغين أو صغيرين أو كان أحدهما بالغا والآخر صغيرا لم يبلغ الحلم وسواء كتب عقد الزواج فى ورقة رسمية أو غير رسمية أو لم يكتب أصلا فى ورقة حيث لم تشترط الشرعية الإسلامية ولا القانون فى صحة عقد الزواج بلوغ الزوجين أو كتابة عقد الزواج فى ورقة رسمية أو غير رسمية .

ولما كان الناس، أقدموا بكثرة على تزويج أولادهم قبل أن يبلغوا حد التهئ والإستعداد لتحمل أعباء المعيشة الزوجية ولحسن القيام بمسئولياتها وواجباتها وقد لا يوجد بالنسبة لهؤلاء الأولاد من الضروريات الطبيعية ما يدعو إلى التعجيل والمبادرة إلى تزويجهم فى سن مبكرة ولما كان عقد الزواج له من الأهمية فى الحالة الإجتماعية منزلة عظمى ، من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو إهماله وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبا قبل بلوغ سن الرشد المالى فقد وضع المشرع بعض القيود القانونية لعقد الزواج رسميا ، كما وضع بعض القيود القانونية لسماع دعوى الزوجية وذلك لحفظ حقوق الزوجين ولصيانة مصالحهما فى زمن كثر فيه إدعاء الزوجية زوراً وبهتاناً لجر مغنم أو لرغبة النكاية أو التشهير .

ما الذى اشترطه القانون ليكون العقد رسميا ؟

واشترط القانون لمباشرة عقد الزواج رسميا لدى الموظف المختص :

١ - ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وقت العقد .

٢ - وألا تقل سن الزوج عن ثمانية عشرة سنة وقت العقد .

وهذه السن يمكن أن تتأهل فيها البنت للمعيشة الزوجية وكذلك الفتى والحكمة فى التفرقة فى السن بينهما واضحة .

وعلى ذلك لا يجوز للموظف (١) المختص بمباشرة عقد زواج رسمي بين اثنين قبل بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية . كما لا يجوز له أن يصادق على عقد الزواج بين زوجين . (أى لو أقر الزوجان لدى الموظف المختص بأنهما قد عقدا زواجهما فى تاريخ سابق ويطلبان الآن تسجيله فى وثيقة رسمية) إلا إذا كان الزوجان قد بلغا وقت العقد بينهما السن القانونية المحددة للزواج .

ومن يخالف ذلك يعرض نفسه للعقاب المنصوص عليه (٢) " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك . متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط الزواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة قانوناً . ولا تسمع دعوى الزوجية قانوناً إلا إذا تحقق شرطان :

---

(١) سواء أكان قاضيا أم مأذونا أم القنصل فى خارج البلاد .

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٢٣ .

الشرط الأول : ألا تقل سن الزوجين أو سن أحدهما وقت رفع الدعوى عن السن القانونية سواء أكان النزاع فى الزوجية نفسها أم فيما يترتب عليها من الأحكام والآثار ، كالنفقه والطاعة والمهر وسواء أنكر المدعى عليه الزوجية أو اعترف بها .

الشرط الثاني : وجود مسوغ كتابى لسماع دعوى الزوجية وذلك عند إنكارها وأما عند الإقرار والإعتراف بها فلا يشترط لسماعها وجود المسوغ الكتابى إذ المقر يعامل بإقراره فى الزواج وغيره .

وقد جعل القانون المسوغ الكتابى لسماع دعوى الزوجية عند إنكارها ثلاثة أنواع :

١ ـ أوراق خالية من شبهة التزوير .

٢ ـ أوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك .

٣ ـ وثيقة زواج رسمية .

وننبه إلى هذه الشروط القانونية لسماع الدعوى ولمباشرة عقد الزواج رسمياً أمام الموظف المختص . كل ذلك لا أثر له فى صحة الزواج ونفاذه ولزومه شرعاً ولا قانوناً متى تم بأركانه وشرائطه المعروفة وقد سبق القول فى ذلك .

لكن قصد المشرع من وضع هذه القيود تحقق الأمور الآتية :

الأمر الأول : دفع الأضرار الإجتماعية والصحية المترتبة على تزويج صغار السن إذ قلما يحسن صغار السن القيام بما يتطلبه تكوين الأسرة والمعيشة الزوجية وتربية الأولاد حيث لا يوجد لديهم فى الأعم الأغلب من الحالات الإستعداد الكافى للقيام بالحقوق والواجبات وتحمل أعبائها على الوجه المطلوب شرعاً ، كما تنقصهم القدرة على العناية بالنسل والقيام بتربية الأولاد ورعايتهم على الوجه الأكمل .

الأمر الثانى : منع ذوى الأغراض السيئة من أن يرفعوا دعاوى الزوجية

أمام القضاء زورا وبهتانا . فقد أثبتت الحوادث السابقة على هذه القيود أن بعض من لا خلاق لهم كانوا يرفعون قضايا زوجية أمام المحاكم لا أساس لها من الصحة للنكاية والكيد بالمدعى عليه أو التشهير به أو لغير ذلك من الأغراض السيئة اعتماداً على سهولة إثبات الزوجية بشهادة الشهود .

الأمر الثالث : حفظ حقوق الزوجية وحماية مصالحهما الناشئة عن الزواج بصيانة عقد الزواج الذى هو أساس رابطة الأسرة عن العبث والضياع بالجحود والإنكار .

إذا عقد اثنان زواجهما بدون وثيقة رسمية ثم أنكره أحدهما وعجز الآخر عن الإثبات فلو كان عقد زواجهما بوثيقة رسمية لم يكن هناك مجال لإنكاره.

الآثار المترتبة على عقد الزواج

والآثار المترتبة على عقد الزواج تختلف باختلاف صفة العقد ، وذلك يستدعى أن نقسم الزواج إلى : صحيح نافذ ، وصحيح موقوف ، وفاسد ، وباطل . ثم نذكر الأثر المترتب على كل نوع من هذه الأنواع الأربعة على وجه التفصيل فنقول :

١ـ الزواج الصحيح النافذ :

هو الذى استوفى جميع شروط الإنعقاد وجميع شروط الصحة وجميع شروط النفاذ التي سبق بيانها تفصيلا .

أما الآثار المترتبة عليه فتنقسم إلى ثلاثة أقسام : الأول آثار تجب على الزوج لزوجته ، والثانى آثار تجب على الزوجة لزوجها ، والثالث آثار تجب على كل واحد منهما للآخر .

أما الآثار التي يجب على الزوج لزوجته بمقتضى عقد الزواج الصحيح النافذ فأربعة :

أولها : المهر وهو واجب بمجرد العقد وجوبا غير مستقر فإن سميا فى وقت العقد مهراً فالواجب هو ما سمياه وإن لم يسميا مهراً رجع إلى مهر

مثل الزوجة ومعنى كون وجوبه غير مستقر أنه عرضه لأن يسقط أو يتنصف وسيأتى بيان ذلك فى موطنه .

وثانيهما : أن يجب عليه لها بمجرد العقد النفقة وبجميع أنواعها من طعام وكسوة ومسكن وأجرة خادم إن كانت ممن يخدمن إلا إذا خرجت عن طاعته بغير حق شرعى .

وثالثها : أنه إن كان متزوجا غيرها وجب عليه العدل بينها وبين غيرها من الزوجات .

ورابعها : أنه يجب عليه ألا يؤذيها بفعل أو قول إلا حيث أباحت له الشريعة ذلك .

وأما الآثار التى تجب على الزوجة لزوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح النافذ فأربعة أيضا :

أولها : أنه يجب عليها أن تدخل فى طاعته بسكناها فى المسكن الذى يهيئه لها متى تحققت ثلاثة شروط (أن يكون الزوج أمينا على مالها ونفسها)

وثانيها : أن تقر فى بيته فلا تخرج منه بغير مسوغ شرعي إلا أن تستأذنه فيأذن لها .

وثالثها : أن تمتثل أمره فيما لا تمنع الشريعة من امتثال الأمر فيه .

ورابعها : أن تخضع لتأديبه أياها فيما منحته الشريعة ولاية التأديب بالمعروف فيه .

وأما الآثار التى تجب على كل واحد من الزوجين للآخر بمقتضى عقد الزواج الصحيح النافذ فهى خمسة آثار :

أولها : ثبوت نسب الأولاد الذين تلدهم منه وسنعرض لذلك بالتفصيل فى موطنه .

وثانيها : أن يتوارثا متى كانا متحدين فى الدين فمتى مات أحدهما بعد العقد ورثه الباقى منهما على النظام المبين فى المواريث .

وثالثها : ثبوت حرمة المصاهرة ، وهى حرمة الزوجة على أصول الزوج

وفروعه ، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج .

ورابعها : أنه يحل لكل واحد منهما أن يستمتع بالآخر على الوجه الذى أذنت به الشريعة ما لم يمنع من هذا الإستمتاع مانع كحيض أو نفاس .

وخامسها : أنه يجب علي كل واحد منهما أن يعاشر صاحبه بالمعروف لتسهل عليهما مواجهة شئون الحياة .

ب) **وأما عقد الزواج الصحيح الموقوف :**

فهو العقد الذي فقد شرطا من شروط النفاذ التي سبق بيانها بعد استيفائه شروط الإنعقاد وشروط الصحة ، ومن أمثلة الموقوف : أن يتولى الزوجان الزواج بأنفسهما وأحدهما رقيق أو صبى مميز أو معتوه ، أو أن يتولى الولى الأبعد صيغة العقد مع وجود الولى الأقرب .

وهذا العقد قبل دخول الرجل بالمرأة موقوف علي إجازه من له حق الإجازة فيه ، فلو دخل الرجل بالمرأة قبل وجود الإجازة بأن تولي معتوه أو رقيق عقد زواجه بنفسه وقبل أن يجيزه الولي أو يرده دخل بزوجته التي عقد عليها فإنه يأخذ حكم العقد الفاسد من حيث إن الإستمتاع به لا يوجب الحد وتترتب عليه جميع الآثار التى تترتب علي العقد الفاسد من وجوب المهر للزوجة على الزوج ، ومن ثبوت النسب ، ومن حرمة المصاهرة ، ومن وجوب العدة على الزوجة إذا تركها ، ولا يسقط بهذا الدخول حق الولى فى رد هذا الزواج .

ج) **وأما عقد الزواج الفاسد :** اكتب في آثار الزواج الفاسد

فهو الذى اختل شرط من شروط صحة الزواج التي سبق بيانها تفصيلا بعد استيفائه شروط الإنعقاد كان يعقد العقد بدون شهود .

ويجب على الزوجين اللذين تزوجا بعقد فاسد أن يفترقا من تلقاء أنفسهما لأن المضي فى العقود الفاسدة لا يجوز شرعا . فإن لم يفترقا من تلقاء أنفسهما فقد وجب على كل من علم أمرهما أن يرفعه إلي القاضي ليفرق بينهما ، لأنه إنما نصب للنظر فى مصالح المسلمين الدينية والدنيوية فإن تفرقا قبل الدخول أو فرق بينهما القاضي لم يجب بهذا العقد شئ أصلا ،

وإن تفرقا أو فرق بينهما القاضي بعد الدخول وجب بهذا الدخول أربعة أشياء :

١ ـ وجوب العدة على الزوجة ابتداء من يوم الفرقة صيانة للأنساب .

٢ ـ وثبوت النسب للأولاد الذين تحمل الزوجة بهم من هذا الدخول إحياء للأولاد وحفظا لهم من الضياع .

٣ ـ وحرمة المصاهرة بحيث يحرم على الرجل جميع أصول هذه المرأة وفروعها ويحرم على المرأة جميع أصول هذا الرجل وفروعه .

٤ ـ ووجوب المهر المسمى إن سمي في العقد وإلا فمهر المثل . وذلك لأن وطء الرجل للمرأة يوجب أحد شيئين إما المهر وإما الحد وقد انتفى الحد فى هذا العقد للشبهة فبقى المهر ، ولم يجب فى هذا العقد ما سمياه من المهر بالغا ما بلغ لأن العقود الفاسدة يرد فيها إلى القيمة الحقيقية ومهر المثل هو القيمة الحقيقية فى هذا الموضع .

ولا يترتب على هذا العقد بقية الآثار التى تترتب على العقد الصحيح من نفقة الزوجة ومن توارثهما ومن حل استمتاع كل منهما بالآخر ومن وجوب الطاعة على الزوجة .

وأما عقد الزواج الباطل فهو كل عقد حصل خلل فى صيغته بأن كانت عبارة العاقدين لا تدل على تمليك المنفعة على جهة التأبيد أو فى أهلية العاقدين بأن كانا صبيين غير مميزين أو كانا مجنونين أو إحدهما أو فقدا شرطا من شروط الإنعقاد التى تكلمنا عليها أو أن تكون المرأة غير محل للزواج بهذا الزوج كأن تكون أخته من الرضاعة أو معتدة من طلاق غيره أو أخت زوجته التى لا تزال زوجته مع علم العاقدين بذلك فى وقت العقد .

وهذا النوع من عقود الزواج لا يترتب عليه أثر ما من الآثار التى تترتب على الأنواع الثلاثة السابقة بل يعتبر وجوده كعدمه ، ويجب على كل من الرجل والمرأة أن يفترقا من تلقاء أنفسهما فإن لم يفعلا وجب على كل من علم أمرهما أن يحتسب عند الله أجره ويرفع الأمر إلى القاضي ليفرق

بينهما وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها هذا العقد كأن دخوله بها حينئذ بمنزلة الزنا ولو لا شبهة العقد لأقيم الحد عليها . وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وقال محمد وأبو يوسف والشافعي ومالك وأحمد إلى أنه يحد حد الزنا إن كان عالما بالتحريم .

وإذا فرق القاضي بينهما أو افترقا من تلقاء أنفسهما لم تجب العدة على المرأة ولا يثبت بهذا الزواج نسب ولا توارث ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة .

الولاية في النكاح

الولاية : بفتح الواو وكسرها . مصدر ولي الرجل والرجل يليه . وولي عليه يلي ، وذلك إذا نصره وأعانه أو قام بأمره وتولى شئونه والولي الوصف منه فللولي في اللغة معنيان : أحدهما الناصر والمعين وثانيهما القائم بأمر الشخص والمتولي لشئونه .

والولاية في الشريعة : حق منحته الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره . رضي ذلك الغير أو لم يرض وسببه أحد أمرين أولهما : عجز الذي ينفذ القول عليه ، وثانيهما : قصور أهليته عن التصرف بنفسه .

أنواع الولاية :

الولاية ثلاثة أنواع : ولاية على النفس وحدها ، وولاية على المال وحده ، وولاية على النفس والمال جميعا .

والولاية على النفس نوعان : ولاية ندب واستحباب وولاية إجبار .

والذي يعنينا هو الكلام على الولاية على النفس وحدها بنوعيها المذكورين .

أسباب ولاية الإجبار وبيان من ثبت عليه :

وتثبت ولاية الإجبار بواحد من ثلاثة أسباب :

الأول : الصغر وبهذا السبب تثبت ولاية الإجبار على الصغير والصغيرة

بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا ، والثاني : ويهذا السبب تثبت هذه الولاية على المجنون والمجنونه سواء أكان جنون كل واحد منهما أصليا بأن بلغ كل واحد منهما عاقلا ثم طرأ عليه الجنون ، والثالث : العته ويهذا السبب تثبت هذه الولاية على المعتوه والمعتوهه سواء أكان عته كل واحد منهما أصليا أم كان طارئا على نحو ما ذكرناه في الجنون .

وخالف الشافعي رحمه الله من هذه المسألة في موضعين أولهما : الثيب الصغيرة فقال : لا تثبت ولاية الإجبار عليها ولا تزوج حتى تبلغ وتأذن . وثانيهما : البكر الكبيرة فقال تثبت ولاية الإجبار عليها ، ويتضح لك من هذا التقرير أن سبب الولاية عند الشافعي البكارة وسببها عند الحنفية الصغر .

من له ولاية الإجبار ومتى تثبت ؟

تثبت ولاية الإجبار على الأنواع الثلاثة التي ذكرنا لكل واحد من الأولياء على الترتيب الذي نذكره عن بيان الأولياء بلا فرق أن يكون أبا أو جدا عند فقدان الأب أو غير واحد منهما عند فقدانهما .

وقال مالك ﷺ لا تثبت ولاية الإجبار على الصغيرة إلا للأب وحده فإن كان موجودا زوجها وإن لم يكن موجودا لم يجز تزويجها إلا بعد أن تبلغ وتأذن لمن يتولى الزواج عنها ، وقال الشافعي : تثبت ولاية الإجبار على الصغيرة لكل واحد من الأب والجد ولا تثبت لغيرهما فإن لم يوجد أحدهما وجب بقاؤها بغير تزويج حتى تكبر وتأذن . وعن أحمد روايتان إحداهما كمذهب مالك والأخرى كمذهب الشافعي (١) والأصح ثبوتها للأب وللجد عند فقد الأب ولكل ولي عند فقد من هو أولى منه وهو مذهب الحنفية .

أما ثبوتها للأب فدليله ما ثبت متواترا من أن النبي ﷺ تزوج عائشة (رضى الله عنها) بولاية أبيها أبي بكر وهي بنت ست سنين والجد له حكم الأب لأنه أب عند التحقيق .

---

(١) أنظر الأم ١/١٠٤

وأما ثبوتها لغير الأب والجد من الأولياء فدليله أن النبى ﷺ زوج أمامه بنت عمه حمزة بن عبد المطلب من عمر بن أبى سلمة وهى صغيرة وإنما زوجها عليه السلام بحكم كونه عاصبا لها لأنه ابن عمها ثم إنه عليه الصلاة والسلام قال : "النكاح إلى العصبات" ولم يفرق بين الأب والجد وغيرهما فوجب بقاؤه على عمومه .

حكم تزويج الأولياء :

ومع أننا أثبتنا ولاية الإجبار لغير الأب والجد عند فقدهما فإننا نفرق بين أن يتولياأحدهما تزويج الصغير أو الصغيرة وأن يتولاه غيرها من الأولياء فنقول :

★إذا زوجها الأب أو الجد عند فقد الأب فلا خيار لأحدهما بعد البلوغ لأن الأب والجد كاملا الرأى موفورا الشفقة وإذا تولاه غيرهما من الأولياء عند فقدهما كان لكل من الصغير والصغيرة الخيار إذا بلغ ، فإن شاء أقام على الزواج وإن شاء فسخ . وهذه التفرقة مذهب أبى حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : لا فرق أن يتولى الأب أو الجد تزويج الصغير والصغيرة وأن يتولاه غيرهما من الأولياء لا خيار لواحد منهما بعد البلوغ فى كل حال ، ونحن نميل إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد لأن النبى ﷺ لما زوج أمامه بنت عمه حمزة بن عبد المطلب قال: " لهما الخيار إذا بلغت" ولأن قرابة غير الأب والجد ناقصة ونقصانها يؤدى إلى قصور الشفقة فوجب الإحتياط لذلك بإثبات خيار البلوغ لها .

ويجب أن نلاحظ هنا : أن ابن المعتوهة الكبيرة وابن المجنونة الكبيرة هو أولى الأولياء بأمرهما وله ولاية الإجبار عليهما قبل الأب وليس لواحدة منهما إذا عقد ابنها زواجها أن تختار فسخ الزواج إذا أفاقت .

وإنما يكون تزويج الأب أو الجد الصغير والصغيرة لازما لا خيار فيه بعد البلوغ . سواء أزوج الصغيرة بزوج كفء أو غير كفء ويمهر المثل أو أقل إذا كان واحد منهما غير معروف قبل أن توليه العقد بسوء الإختيار فإن كان

معروفا قبل توليه العقد بسوء الإختيار لفسقه واستهتاره وعدم مبالاته بعواقب الأمور نظر إلى ما فعله فإن كان قد زوج الصغيرة بمهر المثل وبزوج كفء صح تزويجه إياها ، ونفذ ولزم وإن كان قد زوج الصغير أو الصغيرة بغبن فاحش (كأن يزيد فى مهر الصغير أو ينقص من مهر الصغيرة أو كان قد زوج الصغيرة غير كفء) لم يصح تزويجه أصلا لأنه لما كان معروفا بسوء الأختيار لم يؤمن أن يكون قد فوت الكفاءة أو زاد على مهر المثل فى تزويج الصغير أو نقص من مهر المثل فى تزويج الصغيرة بما لا يتغابن فيه الناس عادة إلى شئ ليست فيه مصلحة للصغير ولا للصغيرة . فلم نصحح عقده لذلك ، وقيل إن الزواج ينعقد فى هذه الحالة ويثبت موقوفا وللصغير والصغيرة خيار البلوغ .

وابن المعتوهة وابن المجنونة بهذه الكيفية :

إن كان غير معروف قبل توليه العقد بسوء الإختيار صح تزويجه ونفذ ولزم سواء أزوج أمه بغير كفء أو زواجها بكفء وسواء أزواجها بمهر مثلها أم بأزيد فيه أم بأنقص .

وإن كان معروفا قبل توليه العقد بسوء الإختيار بسبب فسقه لم يصح عقده إلا أن يكون الزوج كفئا والمهر مهر المثل .

وتثبت ولاية الإجبار على الصغير والصغيرة من أول الأمر ، وأما المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فإن كان الجنون أو العته أصليا (بأن بلغ كل واحد منهما على هذه الحال) فكذلك. لأن الولاية عليها لم تزل بالبلوغ لأنه إذا كان السبب الأول قد زال فقد قارن زواله وجود سبب آخر يقتضى الولاية .

وأما إن كان الجنون أو العته عارضا بأن بلغ كل واحد منهما عاقلا ثم طرأ عليه الجنون أو العته . فلا تثبت الولاية عليهما بمجرد طروء الجنون أو العته وإنما تثبت بعد أن يمضى عليهما شهر كامل على هذه الحال الطارئة .

فسخ زواج الصبى أو الصبية بعد البلوغ :

قد عرف أن الصغير والصغيرة إذا زوجها غير الأب والجد من الأولياء بمهر المثل وبالكفء وقع تزويجها صحيحا لازما غير نافذ ومعنى عدم نفاذه أنه يثبت لكل من الصغير والصغيرة حق الخيار بعد البلوغ إن شاء قبل الزواج وإن شاء لم يقبل ولكل واحد منهما هذا الحق بكل حال نعنى سواء أكان الصغير قد دخل بزوجته أم لم يكن ، وقد عرفت مع ذلك أن أبا يوسف لا يرى لأحدهما خيارا بعد البلوغ ثم الوقت الذى يتحتم فيه طلب فسخ الزواج الذى عقده غير الأب والجد من الأولياء هو وقت البلوغ بالنسبة للصغير والصغيرة إن كان كل واحد منهما قد علم بالزواج المعقود له قبل البلوغ فإن لم يكن قد علم قبل البلوغ بالزواج المعقود له وبلغ جاهلا به فوقت طلبه الفسخ هو الوقت الذى يعلم به .

وقد اتفق رأى أبى حنيفة ومحمد وهما اللذان يريان ثبوت خيار البلوغ على أنه إذا بلغ الصغير والصغيرة عالمين بالزواج فرضى كل واحد منهما به بالقول كان يقول : رضيت أو يقول أمضيت الزواج ، أو بالفعل كان يقبل الصغير زوجته أو ينفق عليها أو يكسوها ، وكأن تقبل الصغيرة زوجها أو تقبل ما يجيئها به من نفقة أو كسوة ، فإن حق كل واحد منهما فى اختيار الفسخ يسقط بذلك .

وهل يعتبر سكوت كل واحد منهما بعد البلوغ أو بعد العلم رضا بالزواج الذى عقد لهما قبل البلوغ وإمضاء له بحيث متى مضت مدة كان يتمكن فيها من الفسخ ولم يفعل يسقط حقه فى الفسخ ؟

أما الصغير فلا يعتبر سكوته بعد البلوغ أو بعد العلم رضا بالزواج وإمضاء له مطلقا نعنى سواء أكان قد دخل بزوجته المعقود له عليها أم لم يكن قد دخل بها .

وأما الصغيرة ، فإن كان زوجها المعقود له عليها قد دخل بها فكذلك لا يعتبر سكوتها رضا وإن كان زوجها المعقود له عليها لم يدخل بها اعتبر

سكوتها المدة التى كان يمكنها فيها الإشهاد على عدم الرضا ولم تفعل رضا بما عقده الولى لها وذلك اعتبارا بحالة ابتداء الزواج فإن سكوت البكر فيها يعد إذنا وسكوت الرجل أو المرأة الثيب لا يعد إذنا .

وجهل كل واحد من الصغير والصغيرة أن له حق اختيار الفسخ بعد البلوغ لا يعد عذرا وكذلك جهل كل واحد منهما بالوقت الذى يكون له فيه حق الخيار لا يعد عذرا ؛ لأنه الواجب على كل إنسان أن يتعرف الأحكام التى يحتاج إليها فى عباداته ومعاملاته ومن المنكر أن يبقى إنسان غير عالم بأحكام دينه الذى يعتنقه .

ووقت إفاقة المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة يعتبر كالبلوغ فى الصغيرين .

وفى اختيار أحد هؤلاء الفسخ فى الوقت الذى يكون له فيه اختياره وجب عليه أن يشهد اثنين على أنه اختار فسخ الزواج الذى عقده له وليه ثم يرفع الأمر إلى القضاء متى شاء طالبا من القاضى أن يفسخ هذا العقد ويجب على القاضى حينئذ أن يدعو الطرف الآخر إن كان صالحا لإقامة الدعوى عليه بأن يكون بالغا عاقلا ثم يحكم بالفرقة بينهما متى استوفت الدعوى شروطها .

فإن كان الطرف الآخر غير صالح لإقامة الدعوى عليه بأن كان صبيا أو غير عاقل فإما أن يكون له ولى تصح إقامة الدعوى فى مواجهته وهو الأب والجد أو وصيهما أحضره القاضى وإن لم يكن له ولى تصح إقامة الدعوى فى مواجهته نصب القاضى وصيا عليه وطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة كأن يجئ بينة على أن الزوجة رضيت بالزواج قولا أو فعلا بعد البلوغ أو أخرت طلب الفرقة بعد البلوغ عالمة بالزواج وهى بكر فإن لم تكن له حجة حلفها الخصم على أنه لم يصدر منها ما يدل على الرضا فإذا حلفت فرق القاض بينهما بحضرة الخصم .

ولا ينفسخ هذا العقد إلا بعد قضاء القاضى بالفسخ ويترتب على عدم

انفساخه إلا بعد القضاء أنه لو مات أحدهما قبل القضاء ورثه الآخر ولزم الزوج أو ورثته كل مهر الزوجة المدخول بها لأن الزوجية قبل الفسخ ما تزال قائمة .

متى تكون الولاية مندوبة وعلى من تثبت ؟

ولاية الندب والإستحباب تثبت على المرأة الكبيرة العاقلة الحرة عند أبى حنيفة رحمه الله وزفر بن الهذيل وفى رواية عن أبى يوسف سواء أكانت هذه الكبيرة بكرا أم ثيبا على معنى أنها لو تولت عقد زواج نفسها برضاها صح العقد ونفذ ولزم متى كان الزوج الذى اختارته لنفسها كفئا لها والمهر مهر المثل ولم يكن لأحد من أوليائها أن يعترض عليها إلا أنه يستحب لها أن تأذن وليها ليتولى لها العقد . فإن استأذنها الولى فسكتت . فإن كانت بكرا كان سكوتها إذنا وإن كانت ثيبا لم يكن إذنا إلا بالإعراب عما فى نفسها بالعبارة أو الدلالة الفعلية .

وذهب الشافعى وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يجوز زواج المرأة ولو كانت كبيرة عاقلة حرة إلا بولى ذكر وهذا القول هو الرواية الأخرى عن أبى يوسف رحمه الله .

وذهب الإمام مالك رحمه الله إلى أن المرأة الكبيرة الحرة إن كانت ذات شرف وجمال يرغبن فى مثلها لم يصح زواجها إلا بولى ذكر وإن لم تكن كذلك جاز أن يتولى عقد زواجها أجنبى برضاها .

وذهب محمد بن الحسن إلى أن المرأة لو تولت عقد زواجها بنفسها انعقد موقوفا على إجازة الولى مطلقا سواء أكان زوجها كفئا أم لم يكن وسواء أكان مهرها مهر المثل أم لم يكن .

ويترتب على هذا الخلاف أن المرأة البالغة العاقلة الحرة لو زوجت نفسها أو وكلت رجلا غير الولى فى تزويجها فزوجها فهذا الزواج صحيح عند أبى حنيفة ومن وافقه وعند محمد يكون العقد موقوفا ، فإن أجازة الولى ترتبت جميع أثار الزواج عليه وإن لم يجزه حرم على الزوج الخلوة بها ووطؤها ولم

يقع عليها طلاقه .

وعند مالك والشافعي وأحمد ومن وافقهم لا ينعقد هذا الزواج أصلا فلا أثر له مطلقا ولو أجازة الولي .

وخلاصة القول في تزويج المرأة نفسها على ما هو المشهور في مذهب الحنفية : أنها إن زوجت نفسها بزوج كفء لها وبمهر المثل : صح الزواج ولزم . سواء أكان لها ولي عاصب أم لم يكن وليس لأحد أن يعترض عليها ، إذا الإعتراض إنما يحق للولي العاصب عندما يخاف أن يلحقه عار بسبب فعلها ولا مظنة للحوق العار به في هذه الحال لأن فعلها الذى فعلته حسن لا غبار عليه ولو أراد أن يختار لها لاختاره هو أو نظيره .

وإن زوجت نفسها بزوج غير كفء فإن لم يكن لها ولي عاصب ، بأن لم يكن لها ولي أصلا أو كان لها ولي لكنه غير عاصب صح عقدها ونفذ ولزم ، سواء أكان المهر مهر المثل أم أزيد أم أنقص . أما عند عدم وجود الولي أصلا . فالأمر ظاهر لأن كفاءة الزوج خالص حقها حينئذ وقد تنازلت عنه ، وأما عند وجود ولي من غير عصبتها فإنه لا يعير بفعلها فلا حق له في الكفاءة حتى يعترض على إهمال اعتبارها ، وإن كان لها ولي عاصب فإن عرض عليه الأمر قبل العقد ورضيه صح العقد ونفذ ولزم ولم يكن له حق الإعتراض بعد العقد وذلك لأن الكفاءة حق الزوجة وحق ولي العاصب وقد رضيا جميعا بالتنازل عنه وإن لم يرض الولي العاصب قبل العقد لم يلزم الزواج وكان له حق الإعتراض عليه وأن يطلب إلى القاضي فسخ هذا الزواج إن لم يبطلاه من تلقاء أنفسهما وذلك لأن الولي (١) العاصب يتضرر بعدم كفاءة زوج موليته فكان له حق دفع الضرر عن نفسه بالإعتراض .

وإذا كان لها أولياء متعددون وكلهم عاصب فرضي بعضهم وأبى بعضهم فللعلماء اختلاف في الإعتداد بهذا الرضا .

---

(١) أنظر البدائع ٢/٢١٨ .

فقال أبو حنيفة ومحمد : إنه برضا بعضهم سقط حق الباقين فلا يسوغ لمن لم يرض الإعتراض .

وقال أبو يوسف : لا يسقط حق الباقين ، بل لكل واحد حق الإعتراض ، وإن زوجت نفسها بزوج كفء ولكن كان المهر الذى اتفقا عليه أقل من مهر مثلها ، فإما أن يكون لها ولى عاصب وإما لا .

فإن لم يكن لها ولى عاصب بأن لم يكن لها ولى أصلا أو كان لها ولى غير عاصب ، صح الزواج ونفذ ولزم ، وإن كان لها ولى عاصب فإما أن يرضى بهذا المهر الناقص عن مهر مثلها قبل العقد أو بعده وإما لا ، فإما إن كان قد رضى قبل العقد بهذا المهر أو رضى به بعد العقد فقد صح الزواج أيضا ونفذ ولزم وإن لم يرض بذلك لا قبل العقد ولا بعده فالعقد نافذ ولكنه غير لازم ولهذا الولى العاصب أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا منه فسخ الزواج إذا لم يتمم الزوج مهر المثل وهذا قول أبى حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد : ليس للولى العاصب الإعتراض لأن ما زاد عن عشرة دراهم وهو أقل المهر المعتبر شرعا خالص حق المرأة ومن أسقط حقه لم يكن لغيره أن يعترض عليه .

وما ذهب إليه أبو حنيفة أدق : لأن الأولياء عادة يفتخرون بغلاء المهور ويعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بل هو جزء منها ثم إنه بتقادم الزمان يخشى أن يسرى المهر القليل الذى رضيته على بنات عصابتها فهذا ضرر ظاهر التعدى عليهم فلهم الحق فى القضاء عليه من أول أمره .

وأما تزويج الرجل البالغ العاقل نفسه فصحيح بالإجماع وكان سفيها وليس لأحد أن يعترض عليه سواء أزوج نفسه من امرأة مكافئة له فى الشرف والمال أم لا وسواء أقبضها مهر مثلها أم أزيد منه وسواء أكانت الزيادة فاحشة أم لا ، وبالجملة ليس لكائن من كان أن يعترض عليه بكل حال لأن عاره لا يلحق أحدا عادة .

وحكمة ذلك : لأن العرف جار بأن الرجل لا يعير بأن امرأته أدنى حالا منه

فقد تزوج الخلفاء أمهات الأولاد ثم إن بقاء الزوجية بيده يستطيع التخلص منها متى شاء .

ما يشترط فى الولى :

ويشترط في الولى أربعة شروط : بحيث لو فقد واحد منها لم يكن له حق الولاية وهى :

الأول : أن يكون حرا : فلا تجوز ولاية العبد مطلقا .

الثانى : أن يكون بالغا : فلا تجوز ولاية الصبى مميزا كان أو غير مميز .

الثالث : أن يكون عاقلا فلا تجوز ولاية المجنون ولا المعتوه .

الرابع : أن يكون موافقا للمولى عليه في الدين ، فلا تجوز ولاية غير المسلم ولو ذميا على المسلم .

فلو أن امرأة لها أخوان أحدهما مسلم والآخر نصرانى أو يهودى فالولاية عليها لمن يوافق دينه دينها ، فإن كانت مسلمة فالولاية لأخيها المسلم وإن كانت نصرانية فالولاية لأخيها النصرانى وهكذا .

وإنما وجب تحقق هذه الشروط فى الولى لأن الذى فقد أحد الشروط الثلاثة الأولى لا ولاية له على نفسه وإذا كان يتولى شئون نفسه فأولى ألا يتولى شئون غيره .

والذى فقد الشرط الرابع لا يكون له من رعاية مصلحة المولى عليه ما يسوغ له أن يتولى شئونه . وليس الصلاح ولا العدالة شرطا فى الولى بل تجوز ولاية الفاسق سواء أكان متهتكا بفسقه أم لم يكن إلا أنه إذا كان متهتكا فى فسقه لم ينعقد تزويجه المولى عليه إلا إذا راعى المصلحة على ما سبق .

بم تثبت الولاية :

تثبت الولاية بكل واحد من أربعة أمور :

★ الولاية بسبب القرابة .

★ الولاية بالولاية العامة .

★ الولاية بالولاء .

★ الولاية بسبب الملك .

أولا : الولاية بسبب القرابة :

القرابة الموجبة للولاية على زواج من يحتاج زواجه إلى ولى تشمل نوعين :

أحدهما عصبة المولى عليه ، والثانى أصوله وفروعه من غير العصبة وهذا عند أبى حنيفة واستدل على ذلك بقوله تعالى « **وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض** » (١) .

ويقول لأن الولاية من أجل الزواج نظرية نعنى أنها تفوض إلى أهل النظر ليختاروا الأصلح ، ومطلق القرابة باعث على الشفقة الموجبة لإختيار الكفء وهى متحققة فى ذوى الأرحام فإنا نرى أن شفقة الإنسان على ابنة أخته قبل شفقته على ابنه أخيه إن لم تكن أقوى وإثبات التزويج فى الحديث الذى رويناه إلى المعصبات معناه أنهم متى وجدوا فهم أحق بها ، ولا يقدم عليهم غيرهم والإمام لا يخالف فى ذلك وإنما الخلاف فى أنه ما لم يوجد ولى عاصب أصلا ووجد بعض ذوى الأرحام . أتنتقل الولاية إلى السلطان أم تنتقل إلى ذوى الأرحام فأبو يوسف ومحمد يقولان : يترك ذوو الأرحام وينتقل إلى السلطان مثلا ولا شك أن شفقة ذوى الأرحام التى تدعو إلى إنعام النظر والبحث عن الكفء أقوى من شفقة السلطان .

قال أبو يوسف ومحمد : لا تكون الولاية بسبب القرابة إلا للعصبة واستدلا بما روى عن سيدنا على بن أبى طالب ﷺ وهو قوله عليه الصلاة والسلام "الإنكاح إلى العصبات" .

ووجه الإستدلال لهما بهذا الحديث أنه عليه السلام عرف الإنكاح بلام الجنس وكأنه قال : جنس الإنكاح ثابت للعصبات دون غيرهم ومتى ثبت لهم

(١) سورة النساء : ٢٥

الجنس دون من عداهم لم يكن ثمة ما يثبت لغيرهم إذ ما من شئ إلا وهو داخل فى هذا الجنس .

ثم العصبة نوعان : عصبة نسبية : وهى الآتية من جهة القرابة وعصبة سببية وهى الآتية بسبب العتق .

والضابط العام فى من يعتبر من العصبة ألا يكون فيما يصله بالمعصوب من سلسلة النسب امرأة .

وللعصبة التى لها حق الولاية أربع جهات :

الأول : البنوة : وتشمل الابن وابن الابن وابن ابن الابن وهكذا نازلا .

الثانى : الأبوه : وتشمل الأب والجد أبا الأب وأبا هذا الجد وهكذا صاعدا

الثالث : الأخوة : وتشمل الأخ الشقيق والأخ لأب وابن الأخ الشقيق وابن العم لأب وهكذا نازلا .

والعمومة : وتشمل العم الشقيق والعم لأب وابن العم الشقيق وابن العم لأب وهكذا نازلا.

والعصبات مرتبة هكذا بحسب الجهة ، ومعنى ذلك أن العاصب من جهة الأبوة والعاصب من جهة الأخوة مهما عقد سلسة النسب مقدم على العاصب من جهة العمومة ، فلو فرض أن للمرأة التى تريد التزويج ابن ابن وأبا فإن ابن ابنها مقدم عى أبيها فى الولاية عليها ، ولو فرض أن لامرأة يراد تزويجها أبا جد أب وأخا شقيقا فأبو جد أبيها مقدم على أخيها الشقيق فى الولاية عليها وهكذا .

فإن وجد عاصبان من جهة واحدة ينظر : فإن كان أحدهما أقرب درجة فهو أولى فلو كان للمرأة ابن وابن ابن فهما عاصبان من جهة واحدة هى البنوة وابنها أقرب إليها درجة من ابن ابنها فيكون هو العاصب .

فإن كان العاصبان من جهة واحدة كأن يكون لها أخوان أو عمان نظر : فإن كانت جهة أحدهما أقوى من الآخر بأن يكون أحد الأخوين شقيقا

والآخر لأب فالأقوى فى جهته أولى من الآخر .

وخلاصة القول : أنه إذا كان للمرأة ولى واحد من العصبة فهو وليها لا ينازعه أحد فإن كان لها وليان قدم أقربها جهة فإن استويا فى جهة القرابة قدم أقربها درجة فإن استويا فى جهة القرابة وفى درجتها قدم أقواهما ارتباطا فإن استويا فى جهة القرابة ودرجتها وفى قوة الإتصال كانا سواء ولم يكن أحدهما بأولى من الآخر وصح لكل واحد منهما أن يتولى تزويجها .

فإذا لم يوجد واحد من العصبات بالنسب من أية جهة من هذه الجهات الأربع التى بيناها انتقل بعد ذلك إلى العصبة السببية وهى كما قدمنا من قبل فإن لم يوجد عصبة سببية فأبو حنيفة يرى أن ينتقل حينئذ إلى الأقارب من غير العصبات وأبو يوسف ومحمد يريان أن ينتقل إلى السلطان أو نائبه وقد تقدم ترجيح ما ذهب إليه أبو حنيفة وأولى الأقارب (بعد العصبات) بالولاية فى الزواج من كان من جهة الأصول ويستثنى من ذلك الجد الفاسد وهو أبو الأم فتقدم الأم وأم الأب وأم الأم ، وبعد هذه المرتبة من كان جهة الفروع وتشمل البنت وبنت الابن وبنت البنت ، وبعد هذه المرتبة يقدم الجد الفاسد أبو الأم . ثم بعد هذه المرتبة من كان من فروع الأبوين ، وتشمل الأخوات الشقيقات والأخوات لأب والأخوات لأم وأبناء الأخوات وبنات الأخوات .

ثم من بعد هذه المرتبة من كان من فروع أباء الأب وتشمل العمات الشقيقات والعمات لأب والعمات لأم ثم من بعد هذه الدرجة من كان من فروع آباء الأم وتشمل الخالات والأخوال .

فإن كان الموجود واحدة ن هؤلاء فهى الولى وإن كان الموجود منهن اثنتين

فأكثر قدم أقربهما جهة فتقدم الأم على البنت فإن كانتا من جهة واحدة قدم أقربهما درجة فتقدم الأم على أم الأب فإن كانت جهتهما واحدة ودرجتهما واحدة كأم أب وأم أم قدم أقواهما اتصالا فتقدم فى هذا المثال أم الأب على أم الأم فإن استويا جهة ودرجة وقوة كأختين شقيقتين فليست

إحداهما بأولى من الأخرى وأيتهما تولت العقد صح .

الولاية بالــولاء :

الوّلاء : بفتح الواو الحلف والمولى الحليف وكانت العادة جارية بأن يسلم بعض الكفار على يدى رجل من المسلمين ويواليه بأن يقول له أنت مولاى ترثنى إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت وهذا يسمى بمولى الموالاة والولاء بالحلف درجة من الولاية تأتى بعد درجة القرابة بجميع أنواعها التى سبق بيانها فإذا لم يكن للصغير أو الصغيرة ومن فى حكمها من الكبار قريب من العصبة النسبية ولا قريب بالعصبة السببية ولا قريب غير عاصب فالذى يزوج كل واحد منهم مولى الموالاة الذى أسلم أبو الصغير على يديه ووالاه إن كان له مولى موالاة .

الولاية بالولاية العامة :

جعلت الشريعة الإسلامية الولاية العامة على المسلمين سببا من أسباب الولاية على الصغار ومن فى حكمهم فى تولى عقد الزواج والولاية العامة فى الأصل للسلطان والدليل على ذلك قوله ﷺ " السلطان ولى من لا ولى له" ولكن لما كانت مشاغل السلطان الكثيرة لا تمكنه من تولى مثل هذه العقود صار السلاطين يوكلون القضاه فى توليها عنهم .

- أما الولاية بسبب الملك فلا داعى للكلام عنها حيث أن العالم الآن خلا من الرق .

ترتيب الأولياء : مما تقدم يتبين أن الأولياء على مراتب فأول مراتبهم الأولياء بالقرابة وهؤلاء على درجتين أولاهما : العصبة ويدخل فيها المعتق وعصبته وثانيهما : القرابة غير العصبة . وهذه المرتبة نفسها ذات ترتيب بحسب الجهة والدرجة والقوة حسب الشرح المتقدم وما فى مراتب الأولياء مولى المولاة إن وجد . والثالث : السلطان أو نائبه أو القاضى .

ولا ينتقل من مرتبة إلى أخرى إلا بعد أن يكون من أهل المرتبة التى قبلها أحد يصلح للولاية بألا يكون منها أحد أصلا أو يكون منها واحد أو أكثر

ولكنهم لا يصلحون للولاية شرطا من شروطها .

غيبـة الولى :

وإذا علمت أن الأولياء مرتبون فى استحقاقهم الولاية ترتيبا دقيقا بحسب السبب الذى يستحقون به الولاية بحسب جهتهم التى يدلون بها إلى المولى عليه ثم بحسب درجتهم فى هذه الجهة ثم بحسب قدرتهم فى الدرجة فإنه لا يكون للبعيد منهم ولاية مع وجود من هو أقرب منه مستكملا لشروط الولاية فإذا كان أبو الصغيرة موجودا على صفة الولاية لم يجز أن يتولى تزويجها أخوها أو عمها فلو زوجها أحدهما فى هذه الحالة بغير توكيل من الأب كان فضوليا والعقد تزويجه موقوفا على إجازة الأب برضا ، دلالة أو صراحة لا بسكوته . لكن إذا غاب الولى الأقرب المستكمل لشروط الولاية وكان الخاطب الكفء لا ينتظر حضوره ولا ينتظر استطلاع رأيه فإن الشريعة أباحت للأبعد منه الذى يليه فى استحقاق الولاية أن يباشر التزويج واعتبرت غيبته فى هذه الحالة كعدم وجوده ولا يبطل تزويج الأبعد إذا حضر الأقرب فقد علمت أن الولى الأبعد يتولى التزويج مع وجود الولى الأقرب فى ثلاثة مواضع :

١ - أن يوكله الأقرب فى التزويج .

٢ - أن يغيب الأقرب غيبة طويلة لا ينتظر الخاطب الكفء معها استطلاع رأيه .

٣ - أن يكون الأقرب غير مستكمل لشروط الولاية .

عضل الولى :

العضل : هو منع الولى من تزويج من له حق ولاية تزويجه ، بشرط يكون المهر الذى يراد إقباضه مهر المثل والزوج الذى يخطب كفئاً فأما إذا منع لأن الزوج غير كفء أو لأن المهر أدنى من مهر المثل فإنه لا يسمى فى إحدى الحالتين عاضلاً .

والعضل ظلم من الولى وحرام عليه ، وإذا جاء لمن ثبتت عليها الولاية

خاطب كفء وأمهرها مهر مثلها فامتنع الولى الأقرب من تزويجها منه . فللعلماء فى هذه الحالة رأيان :

أحدهما : أن الولاية تنتقل فى هذه الحالة إلى القاضى ، والسر فى ذلك شيئان :

الأول : أن العضل ظلم كما قلنا وولاية رفع المظالم عن الناس إنما هى حق القاضى .

والثانى : أن الإمتناع عن التزويج قد يكون لسبب معقول كأن يكون الممتنع يرى أن الزوج غير كفء والولى الأبعد يرى أنه كفء وكأن يكون الولى الأقرب يريد بهذا الإمتناع أن يزوجها من زوج آخر أصلح لها من هذا الخاطب فتدافع النظرين نظر الولى الأقرب ونظر الولى الأبعد يحتاج إلى الفصل بينهما ، فلهذا قلنا إن الولاية لا تنتقل إلى القاضى فعسى أن يرى القاضى رأى الولى الأقرب ولو أنا جعلنا الولاية على التزويج فى هذه الحالة تنتقل إلى الولى الأبعد لكنا كأننا قد جعلنا أحد الخصمين حكماً . ومن هنا تدرك الفرق بين غيبة الولى الأقرب وامتناعه عن التزويج مع وجوده (١)

الوكالة فى الزواج

الأصل فى التوكيل بمباشرة عقد من العقود أن كل واحد كان له حق مباشرة هذا العقد بنفسه لكونه مستكملاً للشروط الواجب وجودها فى العاقد يصح له أن يوكل فيه غيره وكل من لا يجوز له أن يباشر العقد بنفسه لاختلال شرط من الشروط التى يجب مراعاتها فى العاقد لا يكون له حق توكيل غيره فى مباشرته والسر فى ذلك أن مباشرة الإنسان العقد بنفسه ولاية قاصرة وتوكيله غيره فى مباشرته ولاية متعدية والولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة وما لم يوجد الأصل لا يوجد الفرع ولهذا تسمع علماء الشريعة يقولون "إن فاقد الشئ لا يعطيه" .

---

(١) أنظر نيل الأوطار ٣٢/٦ ، المهذب لأبى اسحق الشيرازى ٢٩/٢

وقد عرفنا أن شرط صحة الزواج ونفاذه : أن يكون العاقد بالغاً عاقلاً حراً سواء أكان ذكرا أم كان أنثى . كما عرفنا أن شرط صحة الولاية على الصغير ومن فى حكمه أن يكون الولى بالغاً عاقلاً حراً .

وعلى هذا لو كان الذى يريد التزويج بالغاً عاقلاً حراً صح له أن يباشر العقد بنفسه وأن يوكل فى معاشرته غيره سواء أكان الذى يريد توكيله هو وليه أم كان إنساناً غيره وإن كان الذى يريد التزويج صغيراً أو صغيرة أو مجنوناً أو مجنونة أو معتوهاً أو معتوهة لم يكن له أن يباشر الزواج نفسه ولا أن يوكل فيه غيره وإنما يزوجه وليه بدون حاجة إلى توكيل بل بمقتضى الولاية .

وإذا كان ولى الصغير والصغيرة ومن فى حكمها مستكملاً لشروط الولاية صح له أن يباشر العقد بنفسه وأن يوكل فيه غيره سواء أكان الولى أبا أو جدا أم لم يكن واحداً منهما .

ولا يشترط فى التوكيل بمباشرة عقد الزواج أن يكون كتابة كما لا يشترط فيه أن يشهد الموكل عليه بل يصح كتابة ومشافهة ويصح مع الإشهاد عليه وبدونه لكن لما كان التوكيل مظنه أن يجحده الموكل فيما بعد لقصد ابطال الزواج الذى عقده الوكيل بمقتضاه استحب أن يشهد الموكل على أنه وكل فلاناً فى مباشرة عقد زواجه على فلانه مثلا .

ثم إن الموكل إما أن يأذن الوكيل صراحة فى أن يوكله عنه وإما أن يمنعه صراحة من ذلك وإما أن يفوض الأمر إلى رأيه وإما أن يسكت عن إذنه فى التوكيل وعن منعه منه وعن تفويض الأمر إلى رأيه فإن أذنه فى توكيل غيره إما أن يعين له ذلك الغير وإما أن يفوض اختيار الغير إلى رأيه وإما أن يطلق الأمر اطلاقاً .

فإذا أذنه بتوكيل غيره وعين له ذلك الغير لم يكن له إلا أحد أمرين الأول : أن يباشر العقد بنفسه . والثانى : أن يوكل ذلك الغير المعين فى مباشرته . وإذا أذنه بتوكيل غيره ولم يعين له ذلك الغير كان له أن يباشر العقد بنفسه

وأن يوكل إنساناً أى إنسان شاء وكذلك الحكم فيما لو فرض الموكل الأمر فى الإختيار إلى رأيه . وإذا منعه من توكيل غيره فى مباشرة العقد لم يكن له إلا أن يباشره بنفسه وكذلك الحكم إن لم يمنعه ولم يفوض الأمر إلى رأيه ولم يأذنه بتوكيل غيره . ولا فرق فى ذلك كله بين أن يكون الموكل هو الزوج وأن يكون هو الزوجة .

ومما ينبغى أن ننبه إليه أن الوكيل فى عقد الزواج ليس إلا سفيرا بين موكله والعاقد الآخر ومعبراً عن أغراض موكله وعلى هذا لا تلزمه حقوق العقد من وجوب تسليم الزوجة للزوج إذا كانت بحيث يجب تسليمها ومن وجوب إقباض الزوجة المهر كله أو ما شرط تعجيله منه ونحو ذلك لكن إذا كان قد ضمن للزوجة مهرها وجب عليه تسليمه لها بمقتضى الضمان والكفالة لا بمقتضى الوكالة ثم إذا كان قد ضمن للزوجة مهرها وأداه إليها بحكم الكفالة كما قلنا فهل له أن يرجع على الزوجة بما أداه أو ليس له أن يرجع عليه .

والجواب أنه إن كان قد ضمن للزوجة بإذن من الزوج كان له حق الرجوع عليه وإن كان قد ضمن للزوجة من تلقاء نفسه كان متبرعاً وليس له الرجوع ثم الوكيل إما أن يوافق ما وكله الموكل فيه وإما أن يخالف ما وكله فيه وإن خالف فإما أن تكون مخالفته إلى خير وإما أن تكون مخالفته إلى شر فمثال ما وافق الذى وكله فيه أن يقول له الموكل : زوجنى فلانة بنت فلان بمهر قدره ألف جنيه فيفعل ذلك ومثال ما خالف فيه إلى خير أن يقول له الموكل زوجنى فلانة بنت فلان بمهر قدره ألف جنيه فيزوجه فلانة هذه نفسها بثمانمائة جنيه ومثال ما خالف فيه إلى شر أن يزوجه فى هذا المثال غير فلانة أو يزوجه فلانة نفسها لكن بألف وعشرين مثلا فإن لم يخالف الوكيل أصلاً أو خالف إلى خير مما وكل فيه نفذ عقده على الموكل ولم يكن للموكل حق فى رده وإن خالف إلى شر انعقد تزويجه موقوفا على إرادة موكله . إن شاء أمضاه وإن شاء رده كما لو كان فضولياً .

ويعتبر الوكيل فضولياً لا ينفذ تزويجه على موكله إلا برضاه فى كل موضع

يتهم فيه عادة . ومن أمثله ذلك أن يقول رجل لآخر : زوجنى أيه امرأة فيزوجه الوكيل بنت نفسه أو أيه امرأة أخرى تكون فى ولايته . فالعقد فى هذه الحالة يكون موقوفا على إجازة الموكل إن شاء مضى وإن شاء رد .

الكفاءة فى الزواج (١)

الكفاءة فى اللغة المساواة والمماثلة يقال كافأ فلان فلاناً إذا ساواه وكان نظيراً ومماثلاً له وعند الفقهاء المساواة بين الزوجين فى أمور مخصوصة .

هل تشترط الكفاءة فى النكاح ؟

اختلف الفقهاء فى اشتراط الكفاءة فى الزواج فذهب بعض الفقهاء عدم اشتراطها وحجتهم فى ذلك :

١ - أن النبى ﷺ قال : " الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على أعجمى إلا بالتقوى " وهو نص فى عدم اشتراط الكفاءة .

٢ - إن الكفاءة لو كان لها فى الشرع اعتبار لكان أولى بها باب الدماء لأنه يحتاط فيه بما لا يحتاط فى سائر الأبواب ومع هذا لم تعتبر من باب أولى .

وذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الكفاءة شرط فى الزواج معللين ذلك بأن مصالح الزوجية ودوام العشرة بين الزوجين يتوقف على تقارب الزوجين فى الأخلاق والصفات والعقيدة ، ولأن الزوج بحكم الشرع والعادة له السلطان الأقوى فى شئون الزوجة فإذا لم يكن مساويا لزوجته أو أعلى منها فى المنزلة استنكف أن يكون له هذا السلطان وهذه القوة ولم يكن منها محل التقدير والإعتبار وكذلك الزوجة وأولياؤها يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم فى الدين والجاه والنسب ويعيرون بدناءة الزوج فإذا لم تشترط الكفاءة لم تثمر الزوجية ثمرتها المقصود منها .

أما ما استدل به أصحاب القول الأول فيرد عليه بأن حديث الناس سواسية فمعناه أن الناس متساوون فى الحقوق والواجبات وفى أمور الدين

---

(١) أنظر : المهذب ٤١/٢

وفى كل ما يرجع إلى النظام العام وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى ومراعاة هذه الحقوق والواجبات أما فيما عدا هذه الأمور من الصفات الشخصية فلا شك أن الناس يتفاوتون فيها ولا يوجد عاقل يسوى بين العلماء وبين غيرهم الجهلة .

وأما قياسهم الزواج على مسائل الجنايات والقصاص فقياس مع الفارق ذلك لأن القصاص إنما شرع لمصلحة الحياة فلو اعتبرت الكفاءة فيه لأدى ذلك إلى ضياع هذه المصلحة داخل نظام الحياة صار أمر الناس إلى فوضى بقتل ذو الجاه من يشاء مما لا يكافئه اعتمادا على عدم التكافؤ .

قد يدعي بعض الناس أن اشتراط الكفاءة يتنافى مع دعوة الإسلام في المساواة بين الناس ولكنا نقول إن المساواة التى دعى إليها الإسلام وجعلها مبدأ من مبادئه هى المساواة فى الحقوق والواجبات والعقوبات لا فى الإعتبارات الشخصية التى تقوم على عرف الناس وعاداتهم وقد نطقت الآيات الكريمة بأن الله فضل بعض الناس على بعض قال الله تعالى « **هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون** » .

الجانب الذى تشترط فيه الكفاءة :

تشترط الكفاءة فى جانب الرجل فيشترط أن يكون الرجل كفئا للمرأة ولا يشترط أن تكون المرأة كفئا للرجل . لأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من خسيسة . وهو يلحق المرأة وأسرتها إن تزوجت من خسيس ولأن الرجل الرفيع فى نظر الناس يرفع مع إمرأته أما المرأة فلا ترفع خسيسة زوجها إن كانت رفيعة . من أجل هذا وغيره كانت الكفاءة معتبره فى جانب الرجل .

وقت اعتبار الكفاءة :

ابتداء وليس بقاء

وقت اعتبار الكفاءة هو وقت إنشاء العقد (أى عقد الزواج) لأنها شرط بقاء فلو كان الزوج كفئا وقت العقد ثم زالت عنه الكفاءة بعد الدخول فلا تأثير لذلك على العقد ولا يطلب الفسخ لأن دوام الحال من المحال وفى فتح هذا الباب قتل روح الوفاء بين الزوجين وتعريض الأولاد للتشرد والضياع .

من له حق الكفاءة :

الكفاءة فى الزواج حق للمرأة وحق لوليها العاصب ويثبت هذا الحق لكل منهما على حدة بحيث لو أسقط أحدهما حقه لم يسقط الآخر إلا باسقاطه ولو اتفقنا على إسقاط هذا الحق سقط ولم يكن لأحدهما حق طلب الفسخ عند فواته ومن هنا لو زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها أو زوجها الوالى برضاها واشترطت هى أو اشترط وليها على الزوج أن يكون كفئا لها ثم ظهر أنه ليس بكفء كان للمرأة ولوليها حق الفسخ لأن هذا الشرط ملائم للعقد فيكون صحيحا فعند الوفاء به يكون العقد صحيحا وعند فواته يثبت الخيار فى فسخ العقد .

الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة :

والكفاءة بين الزوجين تعتبر فى أمور ستة إذا تحققت المساواة فيها تحققت الكفاءة المعتبرة فى الزواج وإذا عدمت المساواة فيها أو فى أحدها لم تتحقق الكفاءة وهذه الأمور هى :

١ ـ النسب ٢ ـ الإسلام ٣ ـ الحرية ٤ ـ الديانة
٥ ـ المال ٦ ـ الحرفة

ونبسط القول فى ذلك فنقول :

١ ـ النسب :

وهو صلة الإنسان بمن ينتمى إليه من الآباء والأجداد فإذا كانت الزوجة متصلة نسبها بأصل معلوم فلا يكافئها إلا من كان مماثلا لها فى هذه الصلة لأن الناس يأنفون من مصاهرة من دونهم فى النسب ويعبرون بذلك .

والسبب فى اعتبار الكفاءة فى النسب بين الزوجين هو أن عدمها يستدعى عارا ونقصا فى العرف كما أن الغرض من الكفاءة هو حفظ أسرة الزوجة من أن ينتسب إليها بالمصاهرة من لا يساويها فى المكانة الإجتماعية .

والكفاءة فى النسب تكون معتبرة فى كل قوم يعتزون بنسبه ويتفاخرون سواء أكان القوم عربا أم غير عرب مادام عرف هذا القوم جرى على الاعتزاز بالأنساب والسر فى هذا أن الكفاءة فى النسب بين الزوجين لم يثبت فيه نص من الكتاب أو السنة وإنما بنى أمره على العرف .

٢ ـ الإسلام :

وليس المقصود به هنا اسلام الزوج بالنسبة للزوجة المسلمة لأن اسلام الزوج شرط لإنعقاد الزواج بالمسلمة وإنما المقصود اسلام الأصول فمن كان أبوه غير مسلم وهو مسلم لا يكون كفئا للمسلمة التى يكون لها أب مسلم ومن كان أبوه مسلما فقط لا يكون كفئا لمن له أب وجد مسلمان ومن كان أبوه وجده مسلمين يكون كفئا لمن كان لها أب وأجداد مسلمون .

٣ ـ الحرية :

فالرقيق لا يكون كفئا للحرة والعتيق لا يكون كفئا لحرة الأصل ومن له أب فى الحرية لا يكون كفئا لمن لها أب وجد فى الحرية ومن له أب فى الحرية لا يكون كفئا لمن لها أب وجد فى الحرية ومن له أب وجد فى الحرية لا يكون كفئا لمن لها أب وأجداد فى الحرية .

والحكمة فى اعتبار الكفاءة فى الحرية أن الرق يجلب عارا أكثر مما يجلبه ضعفة النسب والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء والعتقاء يعيرون بمصاهرة من دونهم فى النسب .

٤ ـ الديانة :

والمراد بها الإصلاح والإستقامة من المرأة فإذا كانت المرأة كذلك لا يكون الفاسق كفئا لها متى كان أبوها صالحا فإن كان أبوها فاسقا أو كانت المرأة فاسقة وكان أبوها صالحا فالفاسق يكون كفئا لها ألا يلحقه عار بهذا الزواج أكثر من العار الذى لحقه من فسق بنته .

والمراد بالفسق الذى لا يكون كفئا للمرأة المستقيمة الفاسق المجاهر بالفسق كالذى يتناول المسكر فى المجتمعات أو يذهب إلى أماكن الفساد

وأندية القمار علنا أو يجاهر بأنه يفعل ذلك ومن هؤلاء الذين يتركون الصلاة أو الصيام ويعلنون أنهم لا يصلون أو يصومون .

أما الفاسق المستتر الذى يحافظ على المروءات وعلى كرامة نفسه فى المجتمعات فإن فسقه لا يمنع من الكفاءة .

٥ ـ المال :

والمراد بالكفاءة فى المال أن يكون الزوج قادرا على المهر والنفقة لأن من لا يقدر على مهر امرأته ونفقتها لا يكون كفئا لها ومن قدر عليهما كان كفئا . فالتقارب فى الثروة بين الزوجين ليس بشرط لتحقق الكفاءة فى المال بل الشرط أن يكون الزوج قادرا على مقدم الصداق والإنفاق على الزوجة فمن كان قادرا على ذلك يعتبر كفئا للزوجة ولو كانت ثروتها أو ثروة أبيها أضعاف ثروته لأن الغنى لا دوام له والمال غاد ورائح فلا اعتبار فى الكفاءة بكثرته وبقلته .

٦ ـ الحرفة :

والمراد بها العمل الذى يزاوله الشخص لكسب رزقه وعيشه ومعنى الكفاءة فى الحرفة أن تكون حرفة الزوج أو مهنته مساوية أو مقاربة لحرفة أهل الزوجة فى المنزلة فإذا كانت الزوجة بنت صاحب حرفة شريفة لا يكون صاحب الحرفة الدنيئة كفئا لها والمعتبر فى دناءة الحرفة وشرفها هو العرف وهذا يختلف باختلاف الأزمان والبلدان فقد تكون الحرفة دنيئة فى زمن ثم تصبح شريفة لا عيب فيها فى زمن آخر ، وقد تكون الحرفة وضيعة فى بلد بينما تعد من الحرف الرفيعة فى بلد آخر فيجب أن يراعى فى كل بلد وعصر ما جرى عليه عرف أهله ومعنى هذا أن البواب لا يكون كفئا لبنت القاضى لأن العرف الآن يقضى بالتفاوت الكبير بينهما فى الحرفة هذه هى الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة (١) . هذا فى المذهب الحنفى .

---

(١) البدائع جـ ١ ص ٣٢١

ونرى أنه تشدد فى أمر الكفاءة حتى لا تسئ المرأة فى أمر تزويجها إلى وليها بتزويجها من هو أقل منها كفاءة وأدنى مرتبة وقد اتفق الشافعية والحنابلة فى اعتبار الكفاءة مع الحنفية فى الإسلام والحرية والحرفة والنسب وزاد الشافعية السلامة من العيوب .

واختلفوا في المال واليسار فاعتبره الحنفية والحنابلة ولم يعتبره الشافعية ، أما المالكية والإمامية فلم يعتبروا الكفاءة إلا في الدين والتقوى فالفاسق ليس كفئا لصالحة بنت صالح ولا عبره بالمال في الكفاءة عند الشيعة الإمامية فمن قدر على دفع ما تعورف على تعجيله من المهر وعلى نفقتها ولو نفقة يوم إذا كان محترفا فهو كفء وكذلك عندهم فى قول أرباب الحرف المتقاربة بعضهم أكفاء بعض أما لو تباعدت الحرف فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفئا لبنت صاحب الحرفة الشريفة والعبرة فى تقدير شرف الحرفة وحسنها إلى عرف البلد .

أما الشيعة الزيدية فلا يعتبرون الكفاءة فقد سئل الإمام زيد بن على زين العابدين عن نكاح الأكفاء فقال : "الناس بعضهم أكفاء لبعض ، وقد تزوج زيد بن حارثة وهو مولى زينب بن جحش " (١) .

الحقوق المترتبة على عقد الزواج

رتب الشارع الحكيم على عقد الزواج حقوقا للزوجين مشتركة وحقوقا للزوج على زوجته وحقوقا للزوجة على زوجها . وبمراعاة هذه الحقوق والقيام بتلك الواجبات ممن وجبت عليه من الزوجين تسير الحياة الزوجية سيراً حسنا وتقوى الرابطة وتستقر ويستقيم أمرها ، وقد أرشد إلى ذلك قوله تعالى « **ولهن مثل الذى عليهم بالمعروف** » (٢) فإن المعنى أن للنساء حقوقا بمقتضى الزوجية يقوم بها الرجال مثل ما للرجال عليهن من واجبات .

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للشيخ بدران ص ١٧٢

(٢) البقرة : ٢٢٨

١ ـ واجبات المرأة (وهى حقوق الرجل) :

قد بين الله تعالى ما يجب على المرأة لزوجها أتم بيان وذلك فى قوله عز وجل « **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** » (١) وبهذه الآية الكريمة نستدل على أنه يجب على الزوجة أن تطيع زوجها فيما يأمرها به من حقوق الزوجية وعلى أن للرجل ولاية تأديب زوجته .

ووجه الإستدلال من الآية الكريمة على وجوب طاعة الزوج. أنه سبحانه جعل الرجال قوامين على النساء ولا يصلح القيم للقوامة على من جعل قيما عليهم إلا أن يطيعوه وينفذوا أوامره .

ووجه الإستدلال على أن للرجل ولاية تأديب زوجته أنه سبحانه شرح هذا التأديب فى قوله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ...» الآية فبين هذه الولاية ومراتبها .

فأما الطاعة فجماعها : أن تقيم معه فى داره التى أعدها لها وأن تمتثل أمره إلا فيما نهى الله عنه وأن تقر فى المنزل فلا تخرج منه أبداً إلا بإذن زوجها وألا تسمح لأحد بأن يدخل منزله إلا بإذنه .

وقد جعلت هذه الشريعة بإزاء كل واحد من هذه الأشياء قيودا قيدت بها الرجل حتى لا يثقل أمرها على المرأة فبجانب الحقوق التى جعلتها له حدود وقيود تبين متى يكون مستحقا لكل حق منها وإلى أى حد يكون استحقاقه لهذا الحق ، فتجدها لم توجب على المرأة الإقامة فى دار زوجها التى أعدها لها إلا إذا تحققت هذه الشروط :

الشرط الأول: أن يكون الزوج قد أوفاها عاجل صداقها فإن كان قد

---

(١) النساء : ٣٤

سمى لها مهرا وجعل بعضه معجلا فالواجب إيفاء ما شرط تعجيله وإن لم يكن قد جعل بعضه معجلا فالواجب إيفاء ما جرى عرف بلدهما عليه بتعجيله لمثلها .

الشرط الثاني : أن تكون الدار لائقة بحالها مستكملة لجميع ما تحتاج إليه في معيشتها .

الشرط الثالث : أن تكون هذه الدار بحيث تأمن الزوجة فيها على نفسها ومالها فلا تكون بمنأى عن الجيران وحفظة الأمن حتى لو استغاثت لنازلة وجدت من يغيثها .

الشرط الرابع : أن يكون الزوج نفسه مأمونا عليها .

ونجد هذه الشريعة لم توجب على المرأة امتثال أوامر زوجها إلا إذا تحققت ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون الأمر الصادر لها منه في شأن من شئون الزوجية فلو كان في شأن من شئونها الخاصة كتصرف في بعض مالها فلا يجب عليها أن تمتثل أمره .

الثاني : أن يكون موافقا لأوامر الشريعة فلو أمرها بما يخالف الشريعة لم يجب عليها الإمتثال .

الثالث : أن يكون الزوج قائما بما وجب عليه من الحقوق لها ونجد الشريعة لم توجب على الزوجة الإستقرار في دار الزوجية وعدم الخروج منها بغير إذن إلا تحقق شرطان :

الأول : أن يكون قد أوفاها معجل صداقها .

الثاني : ألا تترتب على منعه إياها من الخروج قطيعة رحم فإن منعها من زيارة محارمها فلها مخالفته والخروج لزيارتهم ثم إن كان المحرم أباها جاز لها الخروج لزيارته كل أسبوع مرة وإن كان المحرم غير أبيها جاز لها الخروج لزيارته كل سنة مرة وقيل كل شهر مرة والراجح هو الأول ، ولكن ليس لها أن تبيت عندهم بغير إذنه .

وإن كان أحد أبويها مريضا وهو فى حاجة إلى رعايتها وليس له من يرعاه سواها فلها الخروج وعليها أن تتعهده بقدر حاجته إلى التعهد سواء أذن لها زوجها أم لم يأذن وسواء أكان أبوها مسلما أم لم يكن .

وأما وجوب ألا تسمح لأحد بأن يدخل الدار بغير إذن زوجها فمحله ما لم يكن من تأذن له محرما لها فإن كان من تريد الإذن له أحد محارمها جاز لها أن تدخله الدار بغير إذن زوجها . ثم إن كان هذا المحرم أباها جاز لها أن تدخله الدار كل أسبوع مرة ، وإن كان غير أبيها جاز لها أن تدخله الدار كل سنة مرة ، وقيل كل شهر مرة كالخلاف فى زيارتها إياهم

وأما ولاية التأديب ، فإذا خالفت الزوجة بعض ما وجب عليها من طاعة زوجها فله أن يتولى تأديبها بنفسه ، وقد جعلت الشريعة ولاية التأديب على ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى : أن يعظ الزوج زوجته بالرفق واللين فيبين لها ما أوجب الله على المرأة من طاعة زوجها وما عسى أن يترتب على عصيانها وتمردها عليه من انحلال عروة الزوجية ثم ما يكون من ضياع الولد إن كان فإذا لم تنفع الموعظة انتقل إلى المرتبة الثانية : وهى أن يهجرها فى المضجع بألا يبيت معها على فراش واحد ، فإن لم تجد هذه العقوبة انتقل إلى المرتبة الثالثة :

وذلك بأن يضربها ضربا غير مبرح وليس له أن يضربها ضربا مبرحا لأى سبب من الأسباب فإن فعل ذلك كان إضراراً بها ، وهو منهى عنه فى قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » (١) .

والحنفية يرون أن الزوج الذى يضار زوجته بنحو الضرب الأليم المبرح يستحق التعزير فللزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضى طالبة تعزيره . والمالكية يرون أن للزوجة فى هذه الحالة أن تطلب إلى القاضى أن يطلقها منه وقد أخذ المشرع المصرى أخيراً بمذهب المالكية فى هذه المسألة ومما يجب على الزوجة لزوجها أن تكون مبادرة إلى فراشه إذا التمسها بشرط ألا

---

(١) البقرة : ٢٣١

يكون عندها مانع شرعي كحيض ونفاس لما رواه البخاري عن أبي هريرة ﷺ قال : قال النبي ﷺ "إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجئ فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح » .

وروى أحمد وابن ماجه من حديث عبد الله بن أوفى أن النبي ﷺ قال : "والذى نفس محمد بيده لا تؤدى المرأة حق ربها حتى تؤدى حق زوجها ولو سألت نفسها وهى على قتب لم تمنعه " .

ومما يجب على المرأة لزوجها أن تصون نفسها عما يدنس شرفها وشرف زوجها فلا تفعل شيئا من شأنه أن يبعث الريبة فى قلب زوجها من جهتها فإنها إن فعلت ذلك هدمت دعائم الزوجية فألهبت نيران الحقد فى قلبه فتسوء عشرتها .

والنبى ﷺ يشير إلى ذلك فى خطبة الوداع إشارة رقيقة ولكنها تشتمل على كل شئ وذلك فى قوله "فإما حقكم علي نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون " .

ومما يجب على المرأة لزوجها أن تحافظ على ماله كما تحافظ على مال نفسها وذلك بألا تعطى أحدا منه شيئا مما لم تجر العادة بإعطائه إلا بإذنه سواء أكان ذلك من جنس النقدين أم كان من الثياب أو الطعام أو غيرهما فإن كان مما جرت العادة بإعطائه من غير انتظار إذن كمنحه السائل فلا بأس بأن تعطيه .

٢ - واجبات الرجل (وهى حقوق المرأة) :

وأما حقوق المرأة على الرجل فكثيرة أيضا :

فمنها : أن يوفيها عاجل مهرها قبل أن يدخل بها فإن كان قد شرط لها فى وقت تسميته المهر تعجيل جزء معين فهذا الجزء المعين هو القدر الواجب تعجيله لها .

وإن لم يكن قد شرط لها فى وقت تسميته المهر تعجيل شئ منه فإن الواجب حينئذ تعجيل الجزء الذى جرت العادة بتعجيله لمثلها ولها أن تمنع

نفسها منه ولو بعد أن يدخل بها وهى راضية حتى يوفيها جميع ما شرط تعجيله أو جميع ما جرى العرف بتعجيله كما أن لها أن تخرج من بيته بغير إذنه لما شاعت من أغراض ما دام لم يوفها عاجل صداقها ولا تعتبر بهذا الخروج فى هذه الحالة خارجة من طاعته ولا تسقط عنه نفقتها بهذا الخروج

ومنها : أن ينفق عليها ويكسوها ويسكنها في الدار التي تليق بها ويعد لها هذه الدار إعدادا يكفل لها الراحة .

وقد روى أحمد وأبو داود وابن ماجه أن رجلا سأل النبى ﷺ ما حق المرأة على الزوج ؟ فقال : " تطعمها إذا أطعمت وتكسوها إذا كسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت " .

وروى أحمد عن معاذ بن جبل أن النبى ﷺ قال : أنفق على عيالك من طولك ، وروى الترمذى وابن ماجه في خطبة الوداع قوله عليه الصلاة والسلام " ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن " .

ومنها : أنه إذا كان متزوجا بغيرها وجب عليه العدل بينها وبين غيرها من الزوجات فى النفقة والبيتوتة .

ومنها : أنه يجوز لها الخروج بغير إذن زوجها لزيارة أبيها كل أسبوع مرة ولزيارة غيره من محارمها كأخيها وعمها وخالها فى كل سنة مرة وقيل فى كل شهر مرة .

كما أن لها أن تأذن لأبيها ولسائر محارمها فى دخول بيته بغير إذنه كذلك

ومنها : أن لها تمام الولاية على مالها إن كانت مكلفة رشيدة ، فإن كانت قاصرة الأهلية أو فاقدتها فالولاية على مالها لأبيها إن كان موجودا فإن لم يكن أبوها موجوداً فالولاية على مالها لوصى أبيها إن وجد فإن لم يوجد فللقاضى ولمن يأذن له القاضى بالولاية على مالها .

وبالجملة ليس للزوج ولاية على مال الزوجة مطلقا إلا بتوكيل منها إن كانت أهلا لتوكيله أو بتوكيل ممن له حق الولاية على مالها إن كانت فاقدة الأهلية أو قاصرتها فلو استولى زوجها على شئ من مالها بدون إذنها فهو غاصب

والشريعة توجب عليه أن يردها إليها فإن أهلكه ضمنه بمثله إن كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا شأنه في ذلك كشأن الأجنبي فيها بدون فرق .

ومنها : ألا يكلفها الزوج أن تتفق على شتى شئون البيت بل لا يكلفها الأعمال المنزلية كالطبخ وخياطة الملابس وما أشبه ذلك وإنما يجب على الزوج أن ينفق على جميع ما يحتاجه البيت من مال نفسه فإن تبرعت من تلقاء نفسها بالإنفاق على شئ من ذلك أو فعلت بيدها شيئا منه صح تبرعها

٢ - الحقوق المشتركة بين الزوجين :

فأما الحقوق المشتركة بين الزوجين فأهمها أربعة حقوق :

الأول : أن يحسن كل واحد منهما معاشرة الآخر فيخلص له في سره وعلانيته ويحاول جهد طاقته أن يدخل السرور على نفسه وأن يزيل عنه ما عسى أن يطرأ عليه من أكدار الحياة وآلامها ، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى « **ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف** » .

الثاني : حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل أن يتزوج بأم امرأته ولو لم يكن قد دخل بها ويحرم عليه أن يتزوج ببنتها إن كان قد دخل بها ويحرم عليه أن يجمع بينها وبين أختها أو بينها وبين خالتها أو عمتها ... إلخ .

الثالث : حل استمتاع كل منهما بالآخر فلكل واحد من الزوجين أن يستمتع بالآخر بجميع أنواع الإستمتاع التي أباحتها الشريعة .

الرابع : التوارث بسبب الزواج إلا لمانع شرعي .(١)

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين بدران ، والشيخ محمد أبو زهرة والشيخ محمد محيي الدين .

المهـــر

١ - يسمى المهر عند العرب بمسميات متعددة فيسمى صداقا أو نحلة أو فريضة ، ويعرف المهر عند الفقهاء بتعريفات متعددة ويعجبني منها ما قاله بعض الفقهاء فيه بأنه ما يقدمه الزوج لزوجته على أنه هدية لازمة وعطاء واجب على الزوج لزوجته .

فالمهر عند هؤلاء شرع لإبانة شرف العقد وإظهار خطره لا عوضنا عن ملك الزوج الإستمتاع بزوجته .

يقول " الكمال بن الهمام" إن المهر شرع إبانة لشرف العقد وإظهار خطره .(١) " .

٢ - هل المهر لازم لوجود العقد ؟

نقول المهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج وليس شرطا من شروط العقد بل هو حكم من أحكامه المترتبة عليه بعد تمامه فهو أثر مترتب على العقد وليس العقد متوقفا عليه فيصبح العقد بدونه .

فلو خلا العقد بدون تسميته أو سمي تسميه غير صحيحة أو اتفق على ألا مهر للزوجة فالعقد صحيح والشرط باطل ويجب للمرأة في جميع الأحوال مهر المثل .

والدليل على ذلك (أى على أن المهر ليس ركنا ولا شرطا فى الزواج بل هو حكم مترتب على العقد) ما روى أن عبد الله بن مسعود سئل عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فرض لها مهرا ولا دخل بها قال : أقول فيها برأى فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمنى ومن الشيطان : أرى لها مهر مثلها ولا وكس (النقص) ولا شطط (الزيادة) فقام رجلان وقالا : "نشهد أن رسول الله ﷺ قضى فى امرأة يقال لها بروع بنت واشق كما قضيت" فسر ابن مسعود سرورا لم ير مثله قط بعد إسلامه لموافقة قضائه قضاء الرسول ﷺ" .

(١) أنظر فتح القدير ٢/٢٠٥

٣ ـ ما الدليل على وجوب المهر ؟

لقد دل على وجوب المهر القرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، والإجماع ، والمعقول .

أما القرآن الكريم : فآيات كثيرة منها قوله تعالى فى الآية الرابعة من سورة النساء « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » .

وإما السنة : فقد تبث أن رسول الله ﷺ لم يخل زواجا من مهر ولو لم يكن واجبا لتركه مرة ليدل على وجوبه .

وأما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء من لدن حياته ﷺ على وجوب المهر على الزوج لزوجته واستقر هذا الإجماع حتى الآن .

وأما المعقول : فإنه لو أبيح أن يتزوج الرجال بدون مهر لكان فى ذلك ابتذال للنساء وحط لأقدارهن فيراها الرجل بعين الإحتقار والمهانة فلا تحسن بينهما العشرة ولا تطيب إقامتها معه فيؤدى ذلك إلى فصم العروة وتشتيت ما تجمع من الشمل ولا يعز ذلك على الرجل لأنه ما فقد شيئا ولا أنفق فى سبيل الوصول إليها شيئا ، فكان إيجاب المهر عليه بمثابة إشعار له بأن الزوجة شئ لا يسهل الحصول عليه إلا بالبذل والإنفاق حتى لا يفرط فيه بعد الحصول عليه .

٤ ـ لماذا وجب المهر على الرجل دون المرأة ؟

قضت حكمة الله فى خلقه أن الرجل بمقتضى ما منحه الله من قوة وصلابة قادر على السعى والإكتساب . والمرأة بمقتضى ما منحها الله من جلادة وصبر وطول أناه تستطيع أن تبقى داخل البيت تهئ فيه أسباب الراحة لزوجها .

هذه القسمة طبيعية وهى التى تنسجم مع سنة الكون وكل ما يقال غير ذلك فإنه نزوة من نزوات الطبائع التى لا تسير مع الفطرة ، من هنا كانت جميع التكاليف المالية واجبة على الرجل دون المرأة ومن التكاليف المالية الواجبة على الرجل المهر والنفقة . وهذا هو الذى يتفق مع الفطرة .

٥ ـ سبب وجوب المهر :

ويجب المهر بأحد أمرين : إما بالعقد الصحيح ، أو بالدخول على المرأة مطلقاً .

١ ـ فإذا كان عقد الزواج صحيحا وجب المهر على الزوج بتمامه سواء زفت المرأة إليه أم لم تزف إليه وسواء دخل بها أم لم يدخل بها حتى لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقاً خالصا للزوجة فتأخذه هي إن كانت موجودة على قيد الحياة أو ورثتها فيورث مهرها كسائر حقوقها المالية .

وأما إذا كان الزواج فاسدا كما إذا كان العقد لم يحضره شاهدان لم يجب بنفس العقد شئ من المهر . كما لا يترتب عليه أى أثر من الآثار المترتبة على العقد الصحيح وإنما يجب المهر فى هذه الحالة بدخول الزوج دخولا حقيقيا بمن تزوجها زواجاً فاسداً إعمالا للقاعدة المعروفة فى الإسلام إن الدخول بالمرأة لا يخلو من حد أو مهر وقد سقط الحد لشبهة العقد فوجب المهر .

وإذا دخل بامرأة بشبهة فإنه يجب بهذا الدخول مهر المثل بالغا ما بلغ .

وإذا دخل رجل بامرأة بدون عقد وبدون شبهة لا يجب بهذا الدخول المهر بل الواجب الحد .

٦ ـ مقدار المهر :

لم يرد نص فى القرآن الكريم ولا فى السنة في تقدير حد أعلى للمهر من هنا أجمع الفقهاء على أنه لا يوجد حد أعلي للمهر يقف الناس عنده ولا يصح أن يتجاوزه .

وعلى ذلك فيجوز أن يمهر الزوج زوجته ما شاء أو ما شاءت من مال مهما بلغ قدره وقد أراد سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ أن يخطر على الناس أن يزيد أحدهم فى المهر عما زوج رسول الله ﷺ به بناته فوقفت له امرأة من أخر المسجد فقالت إن اله يبيح لنا غير ما تأمرنا به فقال وماذا قال؟ قالت :

قال الله تعالى فى سورة النساء: « **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا** » فرجع عمر عما هم به . نعم يسن للرجل ألا يغالى فى مهر امرأته كما يسن لولى المرأة ألا يغالى فى مهرها لما روى عنه ﷺ أنه قال "إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة" .

ثم إن المغالاه في المهور تعطي كثيرا من الشبان فرصة التعلل والإكثار من المعاذير فيسهل عليهم الاحجام عن التزوج وفي ذلك من المفاسد العظيمة ما لا يخفى ضرره .

أقل المهر : اختلف الفقهاء في ذلك :

فقال الحنفية : لا يجوز أن يقل المهر عن عشرة دراهم . لما رواه الدارقطنى من حديث جابر ﷺ "ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم" ، وما رواه الدارقطنى من حديث على ﷺ "لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم" .

وعلى هذا لو سمى الرجل لزوجته عشرة دراهم ورضيت بها هى وأولياؤها صحت التسمية ووجبت العشرة بدون زيادة ، ولو سمى أقل من عشرة ورضيت هى وأولياؤها بها لم تصح التسمية ولكن هل تجب العشرة أم الواجب مهر المثل بالأول قال أبو حنيفة وبالثانى قال زفر والراجح الأول وهو وجوب العشرة .

وقال المالكية : لا يجوز أن يقل المهر عن ربع دينار إن قدر من الذهب ولا يقل عن ثلاثة دراهم إن قدر من الفضة ، واحتجوا بما ورد عن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب وهو يساوى ربع دينار .

وقال الشافعى والإمام أحمد : لا حد لأقل المهر وكل ما يصح أن يكون ثمنا فى البيع يصح أن يكون مهراً واحتج أصحاب هذا الرأى :

أولا : قوله تعالى « **وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم (١)** » فإن

(١) أنظر الأحوال الشخصية د. بدران/ ١٨٧

الأموال فى الآية وردت مطلقة غير مقيدة بمقدار معين ولم يرد فى أدلة الشرع ما يعتمد عليه فى تقييدها بمقدار معين فيعمل بها على إطلاقها . ومقتضى هذا الإطلاق أن يكون فى الزواج ما يطلق عليه اسم المال قليلاً كان أو كثيراً .

ثانيا : ما صح عنه ﷺ أنه قال للتمس الزواج :" التمس ولو خاتماً من حديد" فإن هذا النص يدل على أن المهر ليس له مقدار معين ويصح بكل ما يطلق عليه اسم المال .

هذا الرأى هو الراجح لقوة أدلته . أما ما قاله الآخرون من أدلة ففيها ضعف (١) .

٧- ما يصح أن يكون مهرا :

كل ما كان مالاً متقوماً فى حق المسلم أو كان منفعة تقوم بمال فإنه يصلح أن يكون مهرا وكل ما لم يكن متقوما بمال فى ذاته أو كان متقوماً بمال فى حق غير المسلم فإنه لا يصح أن يكون مهرا . وعلى هذا يصح أن يكون المهر من الذهب والفضة أو من العقار أو من المعقول ومن منافع الأعيان التى تقوم بالمال كما لو أمهرها منفعة دار تؤجرها أبدا أو مدة معينة .

---

(١) فالمهر قد يكون مالاً وقد يكون منفعة لكن إذا كان المهر مالاً فلكى تكون التسمية فيه صحيحة لابد أن يكون مالا متقوما فى حق المسلم وأن يكون معينا ، فإن كان غير متقوم كحفنة من تراب أو مية فلا يصح وكذلك إذا كان مجهولا جهالة فاحشة وهى التى تؤدى إلى النزاع بين المتعاقدين لا يصح أيضا أما إذا كانت الجهالة يسيرة فإنها تغتفر وهى ما لا يترتب عليها نزاع بين المتعاقدين .

أما المنفعة فيشترط فيها أن تقابل بمال كتعليم ونحوه .

والأصل في هذا ، أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ تعرض نفسها عليه للزواج ولم يكن للرسول ﷺ رغبة في الزواج بها فأعرض عنها فقال رجل من الجالسين إن لم تكن بك حاجة إليها فزوجنيها يا رسول الله ، فقال له الرسول ﷺ: هل عندك مال تدفعه لها؟ فقال الرجل: ليس عندى إلا إزارى هذا . فقال له : هل عندك غيره ؟ فقال : لا التمس ولو خاتما من حديد . فذهب الرجل ورجع فقال : لم أجد شيئا . فقال له الرسول ﷺ: هل تحفظ شيئا من القرآن ؟ فقال أحفظ سورة كذا وكذا وعد سوراً من القرآن . فقال الرسول ﷺ: " ملكتها بما معك من القرآن " .

ولا يصح أن يكون المهر ميتة ولا دما مسفوحا لأن هذين ليسا بمال ولا أن يكون خمرا أو خنزيرا لأنهما غير متقومين فى حق المسلم .

فإذا سمى الزوج فى عقد الزواج شيئا لا يتقوم بمال أصلا أو سمى شيئا لا يتقوم بمال فى حق المسلم خاصة فإن العقد يكون صحيحا والتسمية فاسدة ويجب مهر المثل فى هذه الحالة .

وعلى هذا تكون التسمية فاسدة فيما لو كان المهر المسمى مالا غير متقوم أصلا كحبة أرز أو متقوما فى حق غير المسلم كالخمر ومجهولا جهالة فاحشة تؤدى إلى النزاع بين المتعاقدين . كأن يتزوجها على أن يكون المهر ثلاث دواب وهكذا . فتكون التسمية للمهر فى كل هذا فاسدة ويجب مهر المثل للمرأة .

٨ ـ الحقوق المتعلقة بالمهر :

يتعلق بالمهر الحقوق الآتية :

أولا : حق الله يعنى أن المرأة وأولياءها لا يملكون إسقاط المهر ولا يملكون جعله أقل من عشرة دراهم . فلو رضيت المرأة بالزواج من غير مهر وجب لها مهر المثل بحكم الشرع .

ثانيا : أنه حق الولى : بمعنى أنه يجب أن يكون المهر مهر مثل الزوجة ويظهر أثر هذا الحق فيما لو زوجت المرأة نفسها وهى بالغة عاقلة حرة بمهر أقل من مهر مثلها بدون رضا الولى العاصب فإن هذا العقد يكون موقوفا حتى يكمل الزوج مهر المثل أو يرضى الولى العاصب بالأقل . لأن الولى لم يسقط حقه فى هذه المسألة وإن رضيت المرأة بسقوط حقها .

ثالثا : إنه حق للزوجة لا يشاركها فيه أحد تتصرف فيه كما تتصرف فى أموالها متى كانت أهلا للتصرف فلو أبرأت زوجها من المهر كله أو بعضه بعد ما وجب فى ذمته بالعقد صح إبراؤها وبرئت ذمته ولو قبضته ثم وهبته له صحت الهبة ولا حق لأحد فى الإعتراض عليها لأنها تصرفت فى خالص حقها . كذلك يجب على الولى أن يزوجها بمهر مثلها فإن زوجها بأقل من

ذلك كان لها عند الإختيار حق الفسخ لأن الولى إذا كان قد أسقط حقه فإن المرأة لم يسقط حقها .

٩ـ تعجيل المهر وتأجيله :

يجوز أن يعجل الزوج مهر زوجته كله ويجوز أن يؤجل الزوج المهر إلى أجل حسب الإتفاق سواء أكان هذا الأجل قريبا أم بعيدا كما يجوز أن يعجل بعضه الآخر ويجوز للزوج أن يسقطه على أقساط .

فإن لم يتفقا على شئ أصلا سوى تحديد قدر المهر كان الحكم لعرف بلدهما فلو كان العرف يقضى بتعجيل المهر كله عجل أو تأجيله كله أجل أو يعجل نصف ويؤجل النصف الآخر . فيعمل بالعرف في كل ذلك عملا بقاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" ويميل أكثر أهل العلم إلى استحباب تعجيل بعض المهر قبل الدخول تطييبا لخاطر المرأة (١) .

١٠ـ أنواع المهر :

المهر الواجب دفعه على الزواج إما أن يكون مسمى وإما أن يكون مهر المثل ولكل حالاته فالمهر المسمى يجب فى حالة واحدة وهى أن يسمى الزوج المهر تسمية شرعية صحيحة خالية من الجهالة المؤدية للنزاع وترضى المرأة وأولياؤها العصبات به . ففى هذه الحالة يجب المهر المسمى بالغاً ما بلغ .

أما مهر المثل : ومهر المثل للحرة معناه هو مهر امرأة تماثلها من قوم أبيها كأختها أو عمتها أو بنت عمها أو بنت عمتها .

ولا تمثل بأمها أو خالتها إذا لم تكونا من قوم أبيها وتعتبر المماثلة وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا وصلاحا وعفة وبكارة وثيوبة وعلما وأدبا وعدم ولد ويعتبر أيضا حال الزوج فإن لم يوجد من يماثلها قبيلة أبيها ويشترط فى ثبوت مهر المثل إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ولفظ الشهادة فإن لم يوجد ذلك فالقول للزوج بيمينه .

ويجب مهر المثل فى الحالات الآتية :

---

(١) أنظر بيان المجتهد ٢/٢٦

أولا : أن تكون المرأة البالغة العاقلة الحرة قد زوجت نفسها بدون إذن وليها وسمى الزوج لها دون مهر أمثالها .

ثانيا : أن يسمى مهرا وتكون التسمية فاسدة كما تقدم .

ثالثا : أن يتفقا على الزواج بدون مهر : كأن يقول زوجينى نفسك على أن لا مهر لك فتقول قبلت .

رابعا : أن يخلو العقد من تسمية المهر . كأن يقول الزوج للزوجة زوجينى نفسك . فتقول قبلت ولم يتعرضا لذكر المهر أصلا ، أو فى زواج الشغار كما تقدم ، أو فى زواج المفوضة وهى المرأة التى لم يسم لها حين العقد شئ ثم طلبت قبل الدخول أن يسمى لها فامتنع الزوج فرفعت أمرها للقاضى فطالب الزوج بالتسمية فامتنع .

خامسا : أن يكون الزوج سمى دون عشرة دراهم أو ما قيمته أقل منها وذلك عند الإمام زفر أما باقى الحنفية فيرون أن الواجب عشرة دراهم لحق الشرع .

١١ - هل يجوز الزيادة فى المهر؟

والمراد بالزيادة فى المهر : أن يضيف الزوج بعد تمام العقد والإتفاق على مهر معين شيئا آخر سواء أكان ذلك الشئ من جنس المهر أم من غير جنسه

ويجوز ذلك من الزوج إذا كان أهلا للتبرع وتلحق هذه الزيادة بالمسمى فى العقد وتلزم الزوج فإذا قال الزوج لزوجته جعلت مهراً ألفا بدلا من سبعمائة فللزوجة أن تطالب الزوج بهذه الزيادة كما تطالبه بالأصل إلا أنها لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول ، كما يتنصف المسمى فى العقد . فإن كان الزوج صغيرا أو مجنونا أو معتوها لم يملك هذه الزيادة بنفسه وملكها أبوه أو جده دون سائر الأولياء لأن هذين لوفور شفقتهما وشدة مراعاتهما لمصلحة المولى عليه لابد أن ينظر كل واحد منهما إلى مصلحة تزيد على ما يزيده من مال ولده وليس لغير الأب والجد من الأولياء ولا للقاضى أن يزيد فى مهر الصغير بعد تمام العقد .

وهذه الزيادة جزءا من المهر بالشروط الآتية :

أولا : أن تكون هذه الزيادة معلومة المقدار .

ثانيا : أن تقبل الزوجة هذه الزيادة بنفسها إن كانت بالغة عاقلة أو يقبل وليها إن كانت قاصرة في نفس المجلس الذى حصلت فيه الزيادة .

ثالثا : أن تكون هذه الزيادة حالة قيام الزوجية . أما لو كانت بعد انتهاء الزواج بطلاق رجعى بعد نهاية العدة أو بعد طلاق بائن فلا تصح .

رابعا : أن يكون الزوج من أهل التبرع . بأن يكون بالغا عاقلا رشيدا لأن الزيادة على المهر المسمى في العقد نوع من التبرع . وتجوز هذه الزيادة من الولى بشروطها السابقة إذا كان أبا أو جدا لأنهما لا يقدمان على هذه الزيادة مع وفور شفقتها وشدة رعايتها لمصلحة الصغير إلا إذا كان هناك مصلحة تدعو إلى ذلك .

١٢ ـ الحط من المهر :

والمراد منه إنقاص جزء من المهر أو أسقاط المهر كله بعد إتمام العقد والإتفاق على مقدار معين ويجوز للزوجة إن كانت أهلا للتبرع أن تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه بأن تبرئه منه كله أو بعضه بعد استقراره عليه .

لأن المهر بعد استقراره حق خالص للزوجة ولا يحتاج إبراؤها إلى قبول الزوج أو وكيله أو وليه ولا يملك أبو الصغيرة ولا جدها أن يحط من مهرها شيئا .

ولا يصح هذا الإنقاص إلا بالشروط الآتية :

أولا : أن يكون الذى أنقص المهر هو الزوجة نفسها يعنى ذلك لا يجوز من الولى (الأب أو الجد) .

ثانيا : أن تكون الزوجة أهلا للتبرع .

ثالثا : أن تكون راضية . فلو أكرهها أحد لا يصح تصرفها .

رابعا : أن يكون ابراؤها في حال صحتها فلو كانت مريضة مرض الموت لم يصح إلا برضا الورثة سواء أكان الذى حطته أقل من الثلث أم أكثر أم

مساويا له لأن الزوج وارث والحط فى مرض الموت وصية والوصية لا تجوز للوارث مطلقا إلا إذا رضى جميع الورثة .

هذا وليس لولى الصغيرة ومن فى حكمها ولو كان أبا أو جدا أن يحط شيئا من مهرها لأن المهر المسمى فى العقد يصير بعده ملكا خالصا للزوجة فلا يملك الولى أيا كان أن يسقط شيئا منه لأن الحط كما عرفنا نوع من التبرع ولا يملك أحد التبرع من مال الصغير ومن فى حكمه ولأن نقصان المهر بعد استقراره مما تعير به المرأة وأسرتها وفيه ضرر فلا مبرر له فلا يجوز من الولى .

١٢ - من له قبض المهر :

لا يخلو الأمر إما أن تكون الزوجة صغيرة وإما أن تكون بالغة عاقلة ، وإما أن تكون بالغة فى حكم الصغيرة وهى المجنونة والمعتوهة ونحوهما ، والمهر كما هو معروف ملك خالص للزوجة والولاية عليه ولاية مالية تثبت لمن له حق الولاية على المال فإن كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة فى حكم الصغيرة فليس للزوج أن يقبضها مهرها وإنما يقبضه لمن له الولاية على مالها والذين لهم الولاية على المال هم الأب فإن لم يكن موجودا أو كان موجودا ولكنه غير جائز التصرف ، انتقلت الولاية على المال إلى من يليه فى هذا الحق إلى وصى الأب إن كان قد وصى أو إلى الجد لأب أو وصى الجد أو القاضى أو وصيه ولا يجوز لغير واحد من هؤلاء قبض المهر كالأم أو العم ، أو الأخ .

ويترتب على هذا أن الزوج لو أقبض مهر زوجته الصغيرة لواحد من هؤلاء الذين لهم الحق فى القبض برئت ذمته وكان القبض صحيحا ولم يكن للزوجة أن تطالبه به بعد البلوغ لأنه سلمه لمن له حق استلامه شرعا فوجب أن تخلو ذمته ومتى خلت ذمته منه لا تشغل به ثانية ، ولو سلم الزوج مهر زوجته الصغيرة إلى أمها أو عمها من غير أن يكون أحدهما وصيا لم تبرأ ذمته منه لأنه قصر حيث سلمه إلى من ليس له حق استلامه شرعا ، وعلى هذا يكون للزوجة متى بلغت أن تطالبه به كما يكون لها أن تطالب من أخذه من زوجها فإن أخذته ممن استلمه من الزوج فالأمر ظاهر وإن أخذته من زوجها

كان له أن يرجع على من تسلمه منه .

وإن كانت الزوجة أهلا للقبض كانت مكلفة فليس لأحد ولاية على أموالها بل هي نفسها التي تتولى قبضها والتصرف فيها كما لها أن توكل غيرها في ذلك كله أو بعضه وعلى هذا لا يكون لأحد من أوليائها كائنا من كان أن يقبض مهرها إلا بتوكيل منها فإن كانت ثيباً وجب أن يكون التوكيل بصريح لفظها كأن تقول وكلت أبى فى قبض مهرى مثلا وإن كانت بكرا لم يجب أن يكون التوكيل فى قبض المهر بصريح لفظها بل يكفى أن تسكت فلا تنهى عن قبضه إياه ؛ لأن العرف قد جرى على أن يقبض ولى البكر مهرها ليجهزها به .

ويتفرع على هذا أن الزوج لو أقبض مهر زوجته البالغة الرشيدة إلى وليها من غير توكيل صريح منها للولي إن كانت ثيباً ومع النهى عن إقباضه إن كانت بكراً لم تبرأ ذمته منه ، وإن أقبض الزوج مهر الزوجة الكبيرة الرشيدة لها أو لوليها مع توكيل صريح أو مع السكوت إن كانت بكرا برئت ذمة الزوج منه ولم يعد لها الحق فى مطالبته به ثانية .

وخلاصة هذا كله :

أنه للأب والجد والوصى والقاضى ولاية قبض المهر للقاصرة بكرا كانت أو ثيبا وقبضهم معتبر يبرأ به الزوج فلا تطالبه المرأة بعد بلوغها .

والمرأة البالغة تقبض مهرها بنفسها فلا يجوز لأحد من هؤلاء قبض مهر الثيب البالغة إلا بتوكيل منها ولا قبض مهر البكر البالغة إذا نهت عن قبضه فلو لم تنه لهم قبضه .

وليس لأحد من الأولياء غير من ذكر ولا للأم قبض صداق القاصرة إلا إذا كان وصيا عليها فإذا كانت الأم وصية ابنتها وقبضت مهرها وهى صغيرة ثم أدركت فلها أن تطالب أمها به دون زوجها وإن لم تكن الأم وصية وقبضته عن بنتها القاصر فللبنت بعد الإدارك أن تطالب زوجها وهو يرجع على الأم وكذلك الحكم فى سائر الأولياء غير من ذكر قبل .

١٤ - حكم تصرف الزوجة في مهرها :

المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا أمر زوجها مطلقا وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيهما إن كانت رشيدة فيجوز لها بيعه ورهنه وإجازته وإعارته وهبته بلا عوض من زوجها ومن والديها ومن غيرهم .

وإذا وهبت المرأة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه ثم طلقها قبل الدخول بها ، فله الرجوع عليها بنصفه إن كان من النقدية ، أو من الميكلات أو الموزونات فلو لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبت الكل في الأولى أو ما بقي وهو النصف في الثاني لا رجوع وليس لأبي الصغيرة أن يهب شيئا من مهرها - ولا يجبر المرأة على فوات شئ من مهرها لا لزوجها ولا لأحد من أوليائها ولا لوالديها .

وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقيا بذمته من مهرها بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل له من إرثها إن علم موتها قبله .

١٥ - متى يتأكد وجوب المهر كله ؟

المهر الذي يجب، على الزوج بسبب العقد الصحيح واجب غير مستقر بل هو عرضه لأن يسقط كله أو يسقط نصفه أو يتأكد وجوبه .

وأما المهر الذي يجب بسبب الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة فإنه واجب مستقر ليس معرضا للسقوط بأي سبب من الأسباب لا من جهة الزوج ولا من جهة الزوجة ، وذلك لأن الزوج بالدخول الحقيقي قد استوفى حقه كاملا من المرأة فيتقرر عليه حقها فإذا تفرقا من تلقاء أنفسهما أو فرق بينهما القاضي بعد الدخول فقد وجب على الزوج مهر الزوجة كاملا .

ويجب المهر كله في عقد الزواج الصحيح في الأمور الآتية :

أولا : أن يدخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا .

ثانيا : أن يخلو بها خلوة صحيحة .

ثالثا : أن يموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول والخلوة الصحيحة .

★أما وجوب جميع المهر بسبب الدخول لأن الزوج قد استوفى حقه منها فتأكد حقها .

★وأما وجوبه كله بسبب الخلوة الصحيحة فلأن الزوجة قد مكنت الزوج من نفسها ولم يوجد ما يمنعه من استيفاء حقه كاملاً ، ويدخل هذان السببان تحت قوله تعالى: « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » (١) .

★وأما وجوبه جميعه بسبب موت أحد الزوجين فلأنه بعد الموت قد انقطع الأمل فى أن توجد فرقة بينهما بسبب الزوج فينتصف المهر أو بسبب الزوجة فيسقط وحيث انقطع ذلك لم يبق إلا استقرار جميع المهر فى ذمة الزوج فإذا مات هو أخذت الزوجة كل المهر إن كان كله باقيا وكل الباقى إن كان قد أقبضها شيئا ويؤخذ من تركته لأنه من الديون .

وإن كانت الزوجة هى التى ماتت أخذ ورثتها جميع المهر من الزوج إن لم يكن قد أقبضها شيئا وأخذوا جميع الباقى إن كان قد أقبضها شيئا والزوج فى هذه الحالة وارث للزوجة فيأخذ حصته من ميراثها ومنه المهر .

فيجب علي الزوج جميع مهر الزوجة سواء أكان المسمى أم كان مهر المثل فى هذه الحالات الآتية :

أولا : فى الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد فيجب هنا مهر المثل إن كانت التسمية فاسدة ويجب فيه الأقل من المسمى أو من مهر المثل إن كانت التسمية صحيحة .

ثانيا : فى الدخول الحقيقى بسبب شبهة . كأن تزف امرأة إلى رجل ويقال له إنها زوجته فيدخل بها ثم يتبين أنها ليست زوجته فيجب لها مهر المثل فى هذه الحالة لأن التسمية غير موجودة .

---

(١) النساء : ٢٤

ثالثا : فى الدخول الحقيقى بسبب الزواج الصحيح وهنا يجب المسمى إن كانت التسمية صحيحة وإلا فمهر المثل .

رابعا : الخلوة الصحيحة فى الزواج الصحيح فيجب المهر المسمى أو مهر المثل إن كانت التسمية غير صحيحة .

خامسا : موت أحد الزوجين فى الزواج الصحيح : فالموت كما قلنا سابقا يؤكد المهر بتمامه سواء أكان الذى مات هو الزوج أم الزوجة وسواء أكان الموت قبل الدخول أم بعده .

وقد اتفق الفقهاء على أن الموت الطبيعى أو بقتل أجنبى لأحدهما أو بقتل الزوج نفسه أو بقتل الزوج زوجته يقرر كل المهر ويؤكده ، أما الموت الطبيعى فأمره ظاهر كما قلنا آنفا ، وأما قتل الأجنبى لأحدهما فذلك لأنه كالموت الطبيعى من حيث إنه ليس لأحدهما دخل فيه ، وفى قتل الزوج لزوجته تقرر المهر لأن الجناية منه لا تسقط حقا واجبا عليه وكذلك إذا قتل الزوج نفسه لأن ذلك الفعل كالموت الطبيعى بالنسبة لحقوق غيره كما أن لا جناية من الزوجة عليه حتى يظن معها سقوط حقها .

لكن ما الحكم إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها ؟

فإذا قتلت الزوجة نفسها عمدا قال الجمهور من الفقهاء: إنها تستحق كل المهر لأن فوات حق الزوج على زوجته إنما يكون بموت الزوجة فعلا وعند زهوق روحها يتعلق حق ورثتها بالمهر فلا يحتمل السقوط بفعلها إذ الإنسان لا يملك إسقاط حق غيره .

"وقال نفر من الحنفية لا تستحق شيئا من المهر لأن قتل الزوجة نفسها جناية وقد فوتت بهذه الجناية حق الزواج عليها فيسقط حقها فى المهر ما لم يكن قد تأكد بالدخول أو الخلوة من قبل ذلك" .

أما لو قتلت الزوجة زوجها عمدا قبل الدخول :

فقال الجمهور يسقط مهرها ، لأن قتلها لزوجها جناية ، وما الجنايات مؤكدة للحقوق ولأنها تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر ولأن قتلها

زوجها كردتها من حيث أنها أنهت الزواج بمعصية وإنهاء الزواج بمعصية يسقط المهر كله إن كان ذلك قبل الدخول . وقال الحنفية والإمامية والحنابلة : لا يسقط حقها فى المهر بل يتأكد بذلك كل المهر . لأن قتل الزوجة لزوجها وإن كان جناية منها على زوجها . لكن لهذه الجناية عقوبة مقدرة فى الشريعة وليس من هذه العقوبة إسقاط حقها فى مهرها الواجب على زوجها بمقتضى الزواج ففى القول بسقوط مهرها بهذا القتل زيادة العقوبة المقررة شرعا وهو لا يجوز .

الخلوة وأحكامها :

والخلوة الصحيحة هى إذا اجتمع الزوجان فى مكان واحد وكانا آمنين فيه من أن يطلع أحد عليهما بغير إذنهما ولم يكن بأحدهما ما يمنع من وطء الزوج زوجته ، وهذه الخلوة الصحيحة تقوم مقام الدخول الحقيقى فى الزواج الصحيح ويتقرر بسببها وجوب المهر كاملا على الزوج لزوجته .

أما إذا كان مع الزوجين ثالث (سواء أكان بصيرا أو أعمى وسواء أكان يقظان أو نائما وسواء أكان بالغا أم صبيا يعقل) لم تكن الخلوة صحيحة فإن كان الثالث صبيا غير مميز أو مجنونا أو مغمى عليه فللعلماء رأيان :

أحدهما : أنه لا يمنع من صحة الخلوة .

الثانى : أنه يمنع من صحتها .

وإذا قام بأحد الزوجين مانع يمنع من وطء الزوج زوجته كحيض ونفاس وصوم وإحرام بحج أو عمرة فلا تكون الخلوة صحيحة .

على ضوء هذا نقول إن الخلوة نوعان :

خلوة صحيحة : وهى التى استكملت الأوصاف التى ذكرناها .

وخلوة فاسدة : وهى التى اختل فيها وصف من هذه الأوصاف .

إذن تتفق الخلوة الصحيحة مع الفاسدة فى حكم واحد وهو أنه بسبب كل واحدة منهما يجب على المرأة أن تعتد إذا طلقها الزوج بعدها . وإنما وجبت العدة فى هاتين الحالتين (مع أنه لا يوجد جماع) حقا للشرع الذى نزل

مظنة الجماع (وهى الخلوة) منزلته .

مقارنه بين الخلوة الصحيحة والدخول الحقيقى:

تتحد الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقى فى أحكام :

★ أما اتحادهما : فيكون فى أمرين :

الأول : إيجاب كل منهما المهر كاملا .

الثانى : أن كل واحد منهما تجب بسببه العدة على الزوجة إذا فارقها زوجها بعده ، وكما تجب بكل منهما العدة تجب الآثار المترتبة على العدة من وجوب النفقة على الزوج ومن عدم جواز تزوجه فى أثناء هذه العدة بأربع سوى المعتدة ومن عدم جواز عقده على من يحرم الجمع بينها وبين المعتدة ومن ثبوت نسب من تلده لأقل من ستة أشهر بعد الخلوة أو الدخول الحقيقى

★ ويختلفان فى الأمور الآتية :

أولا: أن الدخول الحقيقى لو حدث الطلاق بعده يجوز أن يكون طلاقا رجعيا دون الخلوة فإن الطلاق بعدها يعتبر طلاقا بائنا دائما .

ثانيا: أن الدخول الحقيقى يكون سببا فى تحريم بنت الزوجة المدخول بها دون الخلوة الصحيحة فلو أن رجلا عقد زواجه على امرأة ثم اختلى بها وطلقها بعد ذلك لم يحرم عليه أن يتزوج ابنتها.

ثالثا: إن الدخول الحقيقى يكون سببا فى تحليل المرأة لزوجها الأول دون الخلوة فلو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا ثم عقد عليها رجل آخر بعد انقضاء عدتها . فإن دخل بها ذلك الآخر ثم طلقها حلت لزوجها الأول بعد أن تنقضى عدتها من الزوج الآخر . فإن كان هذا الآخر قد إختلى بها فقط ثم طلقها لم تحل للأول .

رابعا: إن الإحصان الذى هو سبب لرجم الزانى يتحقق بالدخول الحقيقى دون الخلوة الصحيحة فلا يتحقق بها إحصان .

خامسا: أن الدخول الحقيقى لو حدث الطلاق بعده ثم مات أحد الزوجين

والمرأة في زمن الإعتداد ورثه الآخر بخلاف الخلوة ، فلو اختلى بها ثم طلقها ثم مات واحد منهما لم يرثه الآخر .

١٧ - متى تستحق الزوجة نصف المهر ؟

إذا كان عقد الزواج صحيحا ، وكان المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة ، ووقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول ، حقيقة أو حكما ، بسبب من قبل الزوج سواء كانت الفرقة طلاقا أو فسخا لعقد الزواج استحقت الزوجة نصف مهرها المسمى بقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » .

دلت الآية الكريمة بصريح العبارة على وجوب نصف المهر المسمى للزوجة إذا طلقها زوجها قبل الدخول بها حقيقة أو حكما ويلحق بهذا الحكم كل فرقة من قبل الزوج قبل الدخول سواء اعتبرت الفرقة طلاقا أو فسخا كالفرقة بسبب ردة الزوج المسلم عن دين الإسلام ولو كانت زوجته كتابية ، أو بسبب إباء الزوج غير المسلم الإسلام بعد إسلام زوجته ، وكالفرقة بسبب فعل الزوج بإحدى أصول زوجته أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة .

ويستثنى من ذلك :

الفرقة بسبب خيار البلوغ أو بسبب خيار الإفاقة من الجنون أو العته . فإذا كان للزوج خيار البلوغ كما إذا زوجه وهو صغير غير الأب والجد واختار نفسه بالبلوغ قبل الدخول والخلوة وحكم القاضي بناء على طلبه بالفرقة بينه وبين زوجته فإن الزوجة لا تستحق شيئا من مهرها المسمى ما دامت الفرقة قبل الدخول والخلوة لأن هذه الفرقة فسخ للعقد من كل وجه فيعتبر العقد كأن لم يكن .

ولو وجب نصف المهر المسمى للزوجة في هذه الحالة لما كان ثمة فائدة من إثبات حق خيار البلوغ للزوج إذ له أن يطلق زوجته ويجب عليه نصف المهر ولا يخلو إثبات الخيار له من فائدة وإلا كان عبثا يصان عنه التشريع وليس هناك فائدة سوى سقوط المهر عنه وعدم مطالبته بشئ منه إذا ما اختار

الفسخ بالبلوغ قبل الدخول وقبل الخلوة .

١٨ ـ ما هى الحالات التى لا يتنصف فيها المهر بالفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة ؟

دلت الآية السابقة على أن الذى يتنصف هو المهر المفروض فى عقد الزواج الصحيح فرضا صحيحا وحدث الطلاق قبل الدخول ويتفرع على ذلك ألا يتنصف بالفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة ما يأتى :

أولا: المهر المسمى فى عقد الزواج الفاسد . لأن الزواج متى كان فاسدا لا يجب فيه المهر بنفس العقد وإنما يجب بالدخول الحقيقى والمهر بعد الدخول لا يتنصف بل يجب كاملا غير منقوص فلا يتصور أن تستحق الزوجة نصف المهر المسمى فى الزواج الفاسد .

ثانيا : المهر المفروض للمفوضة بعد العقد بتراضى الزوجين أو بأمر القاضى لأنه لم يفرض وقت العقد وإما فرض بعده فلا يتناول قول الله تعالى « فنصف ما فرضتم » ؛ لأن الظاهر المتبادر معه المفروض حين العقد لا بعده لأن المتعارف بين الناس إطلاق لفظ المفروض على ما فرض فى العقد لا على ما فرض بعده .

ثالثا : مهر المثل . لأن النص إنما ورد بتنصيف المفروض وقت العقد وفى الحالات التى يجب فيها مهر المثل لا يوجد فرض صحيح للمهر وقت العقد كما إذا تزوجها ولم يسم لها مهرا فى العقد أو سماه تسمية غير صحيحة أو نفى المهر فلا يتنصف مهر المثل إذا وقعت الفرقة من قبل الزواج قبل الدخول وقبل الخلوة وإنما الواجب فى هذه الحالة هو المتعة .

رابعا : الزيادة التى زيدت بعد العقد فى المهر المسمى لأن هذه الزيادة لم تفرض وقت إنشاء العقد فتسقط بالفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة فلا تستحق الزوجة شيئا منها على زوجها .

١٩ ـ عودة نصف المهر إلى ملك الزوج :

إذا طلق الزوج امرأته قبل الوطء والخلوة الصحيحة من نكاح صحيح وكان قد سمى لها مهراً وقت العقد فلا يجب عليه إلا نصفه وإن لم يكن سلمه

إليها عاد النصف الآخر إلى ملكه بالطلاق مجردا عن القضاء والرضا . وإن كانت حصلت زيادة في المهر قبل قبضه وكانت متولدة من الأصل تتنصف بين الزوجين سواء كان حصولها قبل الطلاق أو بعده فإن كان قد سلم المهر كله إليها فلا يعود النصف إلى ملكه بالطلاق بل يتوقف عوده إلي ملكه على الرضا أو القضاء فلا ينفذ تصرفه فيه قبلها وينفذ تصرفها في الشكل قبل ذلك بجميع التصرفات الشرعية وإذا تراضيا على النصف أو قضى للزوج به وكانت قد حصلت زيادة في المهر قبل الطلاق أو بعده وقبل القضاء بنصفه للزوج فلا يلزمها إلا نصف قيمة الأصل يوم قبضه والزيادة التي زيدت فيه متصلة كانت أو منفصلة متولدة أو غير متولدة تكون لها خاصة ولا يتنصف ما زيد بعد العقد على المهر المسمى بل يسقط بالطلاق قبل الدخول .

٢٠ ـ سقوط المهر كله :

يسقط جميع المهر من الزوج ولا يجب عليه متعة أيضا في حالات منها:

أولا : أن يكون العقد فاسداً بسبب من الأسباب المقتضية لفساده ثم يفارق الزوج زوجته قبل الدخول بها دخولا حقيقياً سواء أكان الفراق بتراضيهما عليه أم كان بقضاء القاضي .

ثانيا : أن يكون العقد صحيحا ثم تنحل بينهما عقدة الزواج قبل الدخول حقيقة أو حكماً بشرط أن يكون انحلال العقدة في هذه الحالة آتيا من جهة الزوجة .

١ ـ كأن يكون ولي الزوجة غير الأب والجد قد زوجها بهذا الزوج وهي صغيرة ويكون الزوج كفئاً والمهر مهر مثلها ثم تبلغ الزوجة فتختار فسخ العقد قبل أن يكون الزوج قد دخل بها فلا يجب لها شئ .

٢ ـ أن ترتد عن الإسلام وهذا إذا كان الزوجان وقت العقد مسلمين .

٣ ـ أن تطاوع المرأة أحد أصولها لزوجها أو فروعه على فعل ما يوجب حرمتها على زوجها ، وذلك كأن تطاوع أباه أو ابنه على الزنا ، وكأن تطاوع أحدهما على تقبيلها بشهوة .

٤ ـ أن تأبى الدخول في الإسلام وقد أسلم زوجها وهي لا تدين بدين

سماوى وهذا فيما لو كان الزوجان فى وقت العقد غير مسلمين .

٢١ - المُتعة : بضم الميم وقد تكسر فى اللغة التمتع ومثلها المتاع .

وهى فى الشرع : اسم المال يدفعه الزوج لزوجته التى فارقها .

وسبب إيجابها على الزوج إيحاشه إياها بفرقة لا يد لها فيها وتطييباً لخاطرها .

وليس للمتعة مقدار معين فى الشرع لأن النص الذى أوجبها ورد مطلقاً بدون تقدير ومن غير تنصيص على مقدارها وهو قوله تعالى « **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف** » ولكن الشريعة أحالت على عرف بلد الزوجين فيما جرى العرف فى البلد بأن يكون متعة للأغنياء أو الفقراء أو للمتوسطين يكون متعة للزوجة .

فإن كان الزوج والزوجة من طبقة واحدة بأن كانا فقيرين أو غنيين أو متوسطين فالأمر ظاهر وتعطى الزوجة فى هذه الحالة المتعة التى جرى عرف بلدهما بأن يجعل متعة لأهل طبقتهما وإن اختلفت حالتهما فلم يكونا من طبقة واحدة فقد اختلف العلماء فيمن يراعى حاله فمنهم من قال : تعتبر حالة الزوجة نفسها فتأخذ متعة الأغنياء إن كانت غنية ولو كان زوجها فقيراً أو متوسطاً . ومنهم من قال تعتبر حالة الزوجين معاً فإن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً كان الواجب متعة المتوسطين وإن كان أحدهما غنياً والآخر متوسطاً كان الواجب متعة بين متعة الأغنياء والمتوسطين وإن كان أحدهما متوسطاً والآخر فقيراً كان الواجب متعة بين متعة المتوسطين والفقراء .

وقال بعضهم تعتبر حالة الزوج ولا ينظر إلى حالة الزوجة أصلا : لأن الله جعلها على حسب حال الزوج فى قوله تعالى « **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** » ولأنها لو كانت غنية وهو فقير فقد رضيت حاله وعقدت العزم على أن تعيش معه بقدر ما ييسره الله له .

حكم المتعة : وتكون واجبة عند الحنفية للزوجة إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج وكانت قبل الدخول وكان العقد خاليا من تسمية المهر تسمية صحيحة سواء سمى بعد العقد أم لا وهذه المتعة إن أعطاها بعد الطلاق فبها وإلا رفعت الأنر إلى القاضى فيقضى للمطلقة بها .

والدليل على هذا الوجوب قوله تعالى « **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين (١)** » .

فقد دلت الآية على الأمر بإعطاء المتعة للمطلقات قبل الدخول ولم يسم المهر والأمر ـ كما هو مقرر عند علماء الأصول ـ عند الإطلاق يفيد الوجوب وقد أكد ذلك قوله سبحانه « **حقا على المحسنين** » أى وجب ذلك وجوبا مؤكدا ولأنها وجبت بدل واجب وهو وجوب نصف المهر للمرأة المطلقة قبل الدخول وبدل الواجب يكون واجبا مثله لأنه يقوم مقامه ومن هنا يجب ألا نزيد على نصف مهر المثل وتكون مستحقة إذا كانت الفرقة قبل الدخول والخلوة وكان المهر مسمى فى العقد أو كانت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة سواء كان المهر مسمى فى العقد أم لا ، لأن ذلك من التسريح بإحسان المأمور به فى قوله تعالى « **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » وقد أوجب الشافعى المتعة على الزوج لكل مطلقة سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم كان بعده وسواء كان الطلاق بعد الدخول رجعياً أم بائناً إلا أن يكون سبب الفراق من الزوجة وحدها أو منها ومن الزوج معاً .

وقد كان القانون الواجب التطبيق قبل تعديل القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، وهو أن المتعة لمن طلقت بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة مستحبة وليست بواجبة ، فلما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أضاف إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مادة جديدة برقم ١٨ مكرر (١) ونصها : « الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط » .

---

(١) البقرة : ٢٣٦

الأحكام التي جاءت بها المادة ١٨ مكرر (١) :

أولاً : وجوب المتعة لمن طلقها زوجها بعد الدخول بها فى عقد صحيح ، بدون رضاها ولا بسبب من قبلها ، أخذا مما ذهب إليه الشافعية والظاهرية . وفى حكم الطلاق على هذا النحو ، كل فرقة جاءت من قبل الزوج مثل الفرقة بالردة والإباء عن الإسلام واللعان والإيلاء وغير ذلك من الأسباب . ولا فرق بعد ذلك أن يكون الزوج هو المطلق أو أنه فوض الطلاق إليها فطلقت نفسها ، أو أنه علق الطلاق بفعلها ففعلت ، كما لا فرق بين أن تكون مسلمة أو كتابية .

ثانياً : عدم وجوب المتعة لمن طلقها زوجها بعد الدخول بها فى عقد صحيح ، إذا كان الطلاق برضاها كما فى الطلاق على الإبراء ، أو بسبب منها كما فى ردتها أو إبائها الإسلام أو غير ذلك . والأصل فى ذلك ، أن كل ما يسقط المهر يسقط المتعة ، لأن وجوب المهر أكد من وجوب المتعة .

ثالثاً : اعتبار المتعة بحال الزوج يسراً وعسراً :

وهذا الإعتبار ذهب إليه الحنابلة والحنفية فى قول والشافعية فى وجه ، لأنه الذى يتفق مع قوله تعالى :« ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » وقياساً على النفقة .

رابعاً : تقدير قيمة المتعة بنفقة سنتين على الأقل ، فضلا عن نفقة العدة ، تبعاً لظروف الطلاق وإساءه الزوج لإستعماله وعدم وضعه فى موضعه الصحيح ومدة الزوجية ، على ألا تقل فى جميع الأحوال عن نفقة سنتين ، والتقدير الذى ذهب إليه القانون ، قصد منه جبر خاطر المطلقة ، وفى الوقت نفسه يمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق .

خامساً : أجاز نص المادة ١٨ مكرر «١» الترخيص للمطلق فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط حسبما تقتضيه ظروفه الإقتصادية وأحواله الإجتماعية والعائلية (١) .

---

(١) أنظر فى أحكام المتعة المراجع الآتية :
مجمع الأنهر جـ١ ص٣٤٦ ، ص٣٤٧ ، روضة الطالبين جـ٧ ص٣٢١ ، مغنى المحتاج جـ٣ ص٣٤١ ، الفتح على الهداية جـ٢ ص٤٤١ ، ص٤٤٩ ، رد المحتار جـ٣ ص١١٠ ، كشاف القناع جـ٥ ص١٧٤ ، ص١٧٧ ، المغنى جـ٦ ص٦٩٥ ، المحلى جـ١١ ص٦٠٢ ، بداية المجتهد ونهايته المقتصد جـ٢ ص٩٧ ، المبسوط جـ٦ ص٦١ ، الشرح الصغير جـ٣ ص٦١٦ . أ . د / أحمد فراج حسين .

٢٢ـ اقتران المهر بالشرط :

اقتران المهر بشرط من الشروط يكون على إحدى هذه الصور :

١ ـ فإما أن يكون المهر المتفق عليه أكثر من مهر المثل أو أقل منه فإن كان أكثر من مهر المثل كأن اتفقا على ألف ومهر مثلها خمسمائة وجعل الزوج هذه الزيادة نظير وصف مرغوب فيه كما إذا اشترط ذلك نظير كونها متعلمة أو جميلة فحكم ذلك أنه إن تحقق الوصف المرغوب فيه وجب للزوجة المهر المسمي كاملا وإن لم يتحقق وجب لها مهر المثل ولا يجب لها المتفق عليه ذلك لأن الزوج لم يرض بالزيادة على مهر المثل إلا على أساس تحقق الوصف المرغوب فيه فإذا لم يتحقق فات رضاه بهذه الزيادة فلا يلزمه إلا مهر المثل وتسقط هذه الزيادة .

٢ ـ وإن كان المهر المتفق عليه أقل من مهر المثل نظير منفعة مقصودة للزوجة يتوقف تحققها على فعل الزوج كما إذا تزوجها على ألف ومهر مثلها ألفين واشترط ألا يخرجها من بلدها وألا يتزوج عليها أو يلحق أباها أو أخاها عملا يرزقان منه فالحكم أنه إن وفى الزوج بما شرط كان للزوجة المهر المسمي لأنها لم ترض بنقص المسمى عن مهر المثل إلا فى نظير تحقق المنفعة المشروطة في العقد فإذا لم تتحقق فات رضاها بالمسمى فيجب لها مهر المثل لأنه الموجب الأصلي لكل زواج لم يحصل فيه الإتفاق على تسمية المهر .

٣ ـ أما إذا حصل اتفاقهما على مهرين كل منهما على تقدير كأن تزوجها على ألف إن أقام بها فى بلدها وعلى ألفين إن أخرجها منها :

١) فقال أبو حنيفة :

التسمية الأولى صحيحة والثانية فاسدة فإن تحقق شرط التسمية الأولى وجب المسمى فيها وإن لم يتحقق شرطها وجب مهر المثل بحيث لا يزيد على ألفين ولا ينقص عن ألف ، وهذا لأن التسمية الأولى وقعت منجزه وكانت صحيحة والجهالة إنما كانت بسبب ضم التسمية الثانية إليها فتفسد الثانية

ويكون الواجب فيها مهر المثل إذا تحقق شرطها .

٢) وقال زفر من الحنفية :

إن التسميتين فاسدتان لجهالة المسمى وتردده بين شيئين والتردد يورث الجهالة وتسميته المجهول غير صحيحة فيجب للزوجة مهر المثل سواء تحقق الشرط الأول أو الثانى إلا إنه لا يزيد على الأكثر لرضا الزوجة به ولا ينقص عن الأقل لرضا الزوج به .

٣) وقال أبو يوسف ومحمد :

التسمية الأولى والثانية صحيحتان فأى الشرطين تحقق وجب المسمى فيه فإن تحقق شرط التسمية الأولى وجب المسمى الأول .

وإن تحقق شرط التسمية الثانية وجب المسمى الثانى ذلك أن لكل حالة مسمى واحداً رضى به الزوجان ويمكن العمل بمقتضاه من غير نزاع ولا ضرر فما يتحقق من الشرطين يجب فيه المهر الخاص به وهذا هو القول الراجح .(١)

٢٣ - هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه :

أ - إهلاك الشئ : عبارة عن زواله بدون أن يكون لأحد دخل فيه .

ب - واستهلاكه : عبارة عن زواله بسبب التعدى عليه أو لسبب استعجال الغير له .

ج - استحقاقه : عبارة عن ظهور أنه مملوك لغير من ملكه بحسب الظاهر.

١ - إذا هلك المهر فى يد الزوجة بعد أن قبضته أو استهلكته الزوجة فلا ترجع بشئ على زوجها لأن ذمته برئت من المهر بدفعه إليها وقد تم ملكها له بالقبض وإذا استهلكه غيرها فضمانه على من استهلكه سواء كان المستهلك هو الزوج أم غيره .

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للشيخ محمد محى الدين ص١٦٤

٢ - إذا هلك أو استهلك فى يد الزوج قبل أن تقبضه الزوجة فإن كان المهر مما لا يتعين كما إذا جعل مهرها ألف جنيه أو عشرين أردبا من الفول فسرق المبلغ أو تلف الفول بالتعدى أو قضاءً وقدراً لا يترتب على ذلك شئ من الأحكام بالنسبة للزوجة لأن حقها لم يتعلق بشئ مخصوص معين بالذات بل هو دين فى ذمة الزوج لا تبرأ ذمته إلا بالأداء أو الإبراء .

وإن كان مما يتعين بالتعيين كما إذا جعل مهرها منزلا معينا تحدده أو حيوانا معلوما معينا بجنسه ونوعه وأوصافه وهلك أو استهلكه الزوج وهو فى يده قبل أن تقبضه الزوجة فضمانه عليه وإن استهلكته الزوجة فقد استوفى حقها باستهلاكها فلا ترجع بشئ على زوجها وإن استهلكه أجنبى فضمانه عليه وفى هذه الحالة فالزوجة بالخيار بين تضمين الزوج وبين تضمين الأجنبى المستهلك .

فإن اختارت تضمين الزوج رجع على المستهلك بقيمة ما استهلكه ، وإذا استحق المهر بأن تبين أن المهر المعين فى العقد لم يكن ملكا للزوج فهو ضامن للمهر ، وسواء أكان الإستحقاق قبل القبض أم بعده لأنه لما استحق تبين أنه ملك لغيره من الأصل .

ثم إذا استحق بعض المهر كنصفه مثلا فإذا كان المهر مثليا أخذت الزوجة الباقى منه ورجعت على الزوج بمثل ما استحق منه وإن كان المهر قيميا فلها الخيار بين أن تأخذ الباقى فتصير شريكة للمستحق فى العين وترجع على الزوج بقيمة ما استحق وبين أن تأخذ قيمة المهر المسمى كله من الزوج ويصير الزوج شريكا للمستحق وإنما كان لها الخيار فى هذه الصورة لأنها قد تتضرر بالشركة فى القيمى . فثبت لها الخيار . لتتمكن من دفع الضرر عن نفسها بخلاف المثل . فلا ضرر بالشركة فيه . ولذا لا يثبت لها الخيار إذا استحق بعض المهر وكان مثليا ومحل ثبوت الخيار لها : إذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول وقبل الخلوة وأما إذا طلقها قبل ذلك فلا خيار لها وليس لها إلا النصف الباقى غير المستحق لأن ضرر الشركة حاصل على كل حال

إذ لا يستحق إلا نصف مهرها المسمى والنصف الثانى إما للزوج بسبب الطلاق قبل الدخول والخلوة وإما للمستحق فلا مناص من الشركة (١) .

٢٤ ـ ضمان المهـر :

إذا تم عقد الزواج فقد عرفت أن المهر يصير دينا فى ذمة الزوج لزوجته إذا كان مما يثبت فى الذمة كالنقود والمكيلات والموزونات فيصح أن يكفل ويضمن هذا المهر شخص آخر سواء أكان الضامن أجنبيا أو وليا لأحدهما أو لهما والشرط لصحة هذه الكفالة قبول الزوجة لها فى مجلس الإيجاب والقبول أو قبول وليها إن لم تكن أهلا للقبول لصغرها أو جنونها .

وإذا تمت الكفالة وكانت نافذة معتبرة كان للزوجة أن تطالب بمهرها الزوج أو الكفيل ، فإذا أدى الكفيل عن الزوج كان له أن يرجع على الزوج إذا كانت الكفالة بأمره فإن لم تكن بأمره فلا يرجع عليه بشئ لأن الكفيل فى هذه الحالة يعتبر متبرعا بأداء ما على الزوج من الدين فلا يكون أن يأخذ منه شيئا جبرا عنه .

فإن كان الكفيل هو الأب وقد كفل ابنه الذى هو فى ولايته وأدى عنه فله الرجوع فى مال ابنه إذا أشهد عند الأداء أنه أدى ليرجع لأن الإشهاد يقوم مقام الأمر والأم كالأب فى هذا الحكم لأن العرف يقيد ضمانها بما يقيد به ضمان الأب ، وإن لم يشهد عند الكفالة أو الأداء فليس له الرجوع ، وذلك لجريان العادة بأن الآباء يتحملون مهور أبنائهم الصغار ، فكان ذلك قرينة على أن الأب متبرع .

وإذا كان الإبن قاصرا أو فقيرا وقد زوجه أبوه بما له من ولاية عليه فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ويعد إقدامه على التزويج ضمانا للمهر إذ الإبن فقير لا مال له .

---

(١) أنظر المراجع الآتية :

ـ الأحوال الشخصية الشيخ محمد أبو زهرة .

ـ الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين بدران .

ـ الأحوال الشخصية للشيخ عمر عبد الله .

وقال الجمهور من الفقهاء :

إن الأب إذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ولو كان الابن الفقير كبيرا فتولى هو بالوكالة عنه .

وسندهم فى ذلك :

أن الزوجة وأولياءها ما ارتضوا ذلك الفقير زوجا إلا لأجل أبيه وتوليه العقد بنفسه يقتضى عرفا أن يكون مسئولا عن بعض تكليفاته المالية وتخليه عن أداء المهر لا يخلو من تغرير فيكون ملزما به ولأن العرف جرى بذلك وأن الولد يعتبر قادرا على المهر بقدرة أبيه ويساره .

وأما فقهاء الحنفية فقالوا ليس المهر بواجب على الأب لا بالأصالة ولو بالوكالة .

أما عدم وجوبه بالأصالة فلأن المهر حكم من أحكام الزواج يثبت على الزوج لزوجته وليس الأب هو الزوج حتى يجب عليه وأما وجوب المهر عليه بالكفالة فلعدم وجود ما يدل على أنه كفل المهر أو ضمن أداءه (١) .

قضايا المهر

١ ـ إذا بعث الزوج إلى امرأته شيئا من النقدين أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه أنه من المهر ولا غيره ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هو هدية .

فالقول له بيمينه فيما لم يجز عرف أهل البلد بإرساله هدية للمرأة ولها فيما جرى به . فإن حلف الزوج والمبعوث قائم فهى بالخيار إن شاءت أبقته محسوباً من مهرها وإن شاءت ردته ورجعت بباقى المهر أو كله إن لم يكن دفع لها شيئا منه وإن هلك أو استهلك تحتسب قيمته من المهر وإن بقى لأحدهما بعد ذلك شئ يرجع به على الآخر وإن أقاما البينة فبينتها مقدمة .

---

(١) أنظر : ـ الأحوال الشخصية للشيخ أبو زهرة .

ـ الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين بدران .

٢ - إذا خطب أحد امرأة وبعث إليها بهدية أو دفع إليها المهر كله أو بعضه ولم يتزوجها أو لم يزوجه وليها أو ماتت أو عدل هو عنها قبل عقد النكاح فله استرداد ما دفعه من المهر عيناً إن كان قائما ولو تغير ونقصت قيمته بالرستعمال أو عوضه إن كان قد هلك أو استهلك . وأما الهدايا فله استردادها إن كانت قائمة أعيانها فإن كانت قد هلكت أو استهلكت فليس له استرداد قيمتها .

٣ - إذا اختلف الزوجان فى قدر المهر حال قيام النكاح قبل الدخول أو بعده أو بعد الطلاق والدخول يجعل مهر المثل حكما بينهما فإن شهد لها بأن كان كما قالت أو أكثر يقبل قولها بيمينها ما لم يقم الزوج بينة على دعواه وإن شهد له بأن كان كما ادعى أو أقل يصدق بيمينه ما لم تقم عليه البينة وإن كان مهر المثل مشتركا بينهما لا شاهداً له ولا لها تحالفا فإن حلفا أو أقاما البينة وتهاترت البينات يقضى بمهر المثل ومن أقام البينة منهما قبلت بينته وقضى له بها وإن اختلفا فى قدره بعد الطلاق قبل الدخول تحكم متعة المثل .

٤ - إذا اختلف الزوجان فى أصل تسمية المهر فادعى أحدهما تسمية قدر معلوم وأنكر الآخر التسمية بالكلية وليس للمدعى بينة يحلف منكر التسمية . فإن نكل ثبت ما ادعاه الآخر وإن حلف يقضى بمهر المثل بشرط ألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هى المدعية للتسمية ولا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعى لها ، وإذا وقع الإختلاف بينهما بعد الطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً تجب لها المتعة .

٥ - بعد تسليم المرأة نفسها للزوج لا يقبل دعواها عليه بعدم قبضها كل المعجل من مهرها إلا إذا كان التعجيل غير متعارف عند أهل البلد فإن ادعت ببعض المعجل تسمع دعواها وما يمنع المرأة من الدعوى يمنع ورثتها (١) .

(١) أنظر المراجع السابقة .

الجهـــــاز

على من يجب إعداده

من يجب عليه إعداد البيت من الزوجين :

هناك رأيان فى الفقه الإسلامى فى هذه المسألة :

فقال الحنفية : إن إعداد البيت على الزوج لأن النفقه بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه وإعداد البيت من المسكن فكان بمقتضى هذا على الزوج إذ النفقه بكل أنواعها تجب عليه والمهر ليس عوض الجهاز لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن فهو ملك خالص لها من غير مقابل وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج ، وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقا على المرأة ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل .

وقال المالكية : إن الجهاز حق على المرأة فى دائرة ما قبضته من مهرها وما تجرى به العادة بين أمثالها فإن لم تكن قد قبضت شيئا من المهر فليس عليها جهاز إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازا أو كان قد شرط ذلك عليها ، وذلك لأن العرف جرى فى كل العصور والأمصار على أن المرأة هى التى تعد البيت ولا سبيل لإلزامها بأكثر مما قبضت إذ الحقوق متقابلة .

إلا أن تكون العادة قد جرت بين أمثالها بالجهاز من قبل أن تقبض المهر اشترط ذلك فالشرط طبيعة المتعاقدين .

وخلاصة هذا المذهب كما رأيت أنه يجب الجهاز على المرأة وألا يزاد على مقدار المقبوض إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة أو كان هناك شرط .

ورأى الحنفية كما رأيت أن الجهاز ليس بواجب على المرأة وإن قامت به فهى متبرعة .

ولكن إن قدم لها مالا فوق المهر فى نظير إعداد جهاز أو إعداد جهاز على شكل خاص فهل تكون ملزمة بذلك .

لقد قرر ابن عابدين أنه إذا كان المال منفصلا عن المهر واشترطت ذلك أو جرى العرف على ذلك فإنها فى هذه الحال تكون ملزمة به أو رد المال إلا إذا

سكت عن المطالبة .

وذلك لأنه إن كان المال مقابلا بالجهاز بالشرط أو العرف فهو هبة بعوض مشروط بالشرط أو بالعرف والهبة بعوض مشروط إن لم يتحقق الشرط فله الرجوع فيها وعلى ذلك له أن يلزمها بتنفيذ الشرط فإن لم تنفذ استرد ما أعطى فى ذلك .

وإذا لم يجعل المال منفصلا عن المهر بل زيد فى المهر بقصد الزيادة فى الجهاز أو فى نظير الجهاز فقد جرى الخلاف فى هذه الحال :

فرأى يرى أنه لا يجوز أن يلزمها بجهاز معين . لأن المهر قل أو كثر ليس فى نظير جهاز بل خالص حقها إن سمى ولو كان كثيراً كثرة فاحشة لقوله تعالى « وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا » .

ورأى يرى أن الزيادة ما كانت إلا لأجل الجهاز فتجب مهر المثل إن لم يكن الجهاز المعين أو لم يكن جهاز ويكون هذا كحال ما إذا سمى الزوج مهراً وشرط منفعة له فإن تخلفت المنفعة وجب مهر المثل لا يزيد على المسمى .

وقد قالوا إن هذا نظير ما إذا زاد على مهر المثل على أساس أنها بكر فتبين أنها ثيب فقد جرى هذا الكلام فى ثبوت الزيادة .

من يملك الجهـاز :

وإذا جهزت المرأة نفسها ، وذلك هو المعتاد مهما يكن اختلاف الأئمة فالجهاز ملكها باتفاق الفقهاء أجمعين سواء اشترته بنفسها أم اشتراه من له النيابة عنها بتوكيل منها أو ولاية عليها .

وإذا كان لأبيها نيابة عنها فاشترى جهازها من مهرها أو مالها فهو ملك لها بمجرد الشراء لأن أحكام العقد الذى يتولاه شخص بالنيابة تكون لصاحب الشأن بمجرد صدور العقد من غير تراخ .

وإذا اشترى الأب الجهاز أو بعضه بماله على أن يكون ملكا لابنته فإن ذلك يكون تمليكاً لها بطريق الهبة وتجرى عليه أحكام الهبة من حيث التسليم ومن حيث تقيدها بالثلث إذا كان مريضاً مرض الموت .

وقد قالوا بالنسبة للتسليم إن مجرد شراء الأب من ماله لابنته وتسلمه هو يغنى عن القبض إذا كانت فى ولايته المالية لأن يده لها صفة بالنيابة عنها فى قبض الهبات بمقتضى ما له عليها من ولاية شرعية فبمجرد تبرعه لها تتم الهبة من غير حاجة إلى قبض جديد .

أما الكبيرة فلا يدخل الجهاز فى ملكها إذا اشتراه من مالها إلا إذا قبضته لأن وكالته فى الشراء فقط أما قبول الهبة والقبض عنها فليست له ولاية فيهما وبالنسبة للشراء من ماله لها إن كان مريضا مرض الموت فإنه يكون مقيداً بالثلث لأن التبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية .

والوصية لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة . فإن كان الجهاز يتجاوز ثلث تركته فلا ينفذ التبرع فى الزيادة إلا بإجازة الورثة والعبرة بوقت الشراء إن كانت البنت فى ولايته فإن كانت وقت الشراء مريضاً وتسلم بمقتضى الشراء كان التبرع وهو مريض مرض الموت . وإن كان وقت الشراء صحيحا فهو تبرع فى الصحة ولو مرض من بعد .

وإن كانت البنت كبيرة وقد اشترى لها وهو صحيح ثم سلمها وهو مريض فالعبرة بوقت التسليم لأن التبرع لا يتم إلا بالتسليم فإذا سلم وهو مريض يعتبر قد تبرعها فى مرض الموت فيأخذ حكم الوصية .

الإختلاف فى متاع البيت

المتاع فى اللغة :

كل ما ينتفع به انتفاعا قليلا غير باق ينقضى عن قريب .

والمراد بالمتاع هنا :

ما ينتفع به فى بيت الزوجية ويشمل ذلك الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية .

إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة بينهما فى أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء أكان المنزل ملكا لهما أو لأحدهما أو لغيرهما.

وسواء أكان الأثاث الذى يتنازعان فى ملكيته مما يصلح للرجال والنساء كالأوانى والكراسى والأسرة والمفروشات .

أو مما يصلح للرجال فقط كأدوات العيادة والزوج طبيب وآلات الرسم والزوج مهندس ، أو مما يصلح للنساء فقط كالحلى وأدوات الزينة والثياب الخاصة بهن . فادعى كل من الزوجين أن الأثاث ملكه ، اعتبر كل منهما مدعيا ، وحيث إن كلا منهما يدعى ملكية أثاث البيت الذى يسكنان فيه .

فإما أن يقيم أحدهما البينة على دعواه دون الآخر وإما أن يقيم كل منهما البينة على دعواه وإما أن يعجز كل منهما عن إقامة البينة .

فإن أقام أحدهما البينة حُكم له بمقتضاها لأنه أثبت دعواه بدون معارضة بينة أخرى .

وإن قام كل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر ، والظاهر هنا عبارة عن صلاحية الأثاث المتنازع فيه لأيهما .

فإن كان يصلح للزوج فقط رجحت بينة الزوجة لإثباتها خلاف الظاهر وحكم لها بدعواها ، وإن كان يصلح للزوجة رجحت بينة الزوج وحكم له بدعواه ، وإن كان يصلح لهما سقطت البنتان لتعارضهما وعدم وجود مرجح لإحدى البينتين على الأخرى . وحينئذ فالقول فيه قول الزوج بيمينه لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه . فإن حلف الزوج بأن الشئ المتنازع فيه ملكه وليس ملكا للزوجة حكم له وإن نكل عن اليمين حكم للزوجة لأن النكول عن اليمين إقرار بدعواها أو بذل لها .

وإذا لم يكن لأحدهما بينة فما يصلح للرجال فقط حكم به للزوج بيمينه ، وما يصلح للنساء فقط حكم به للزوجة بيمينها ونكول أيهما عن اليمين إقرار بدعوى الآخر فيحكم له .

وإن كان الشئ المتنازع فيه يصلح للرجال والنساء فقد اختلف فيه فذهب رأى إلى أن القول فيه للزوج بيمينه لأن المسكن مسكنه ، وكل ما فيه تحت

يده المتصرفة ، وهذا ظاهر يؤيد الزوج ويشهد له ، فيحكم له بالأشياء الصالحة لهما .

ولا يقال : إن ما يصلح للزوجة فقط تحت يد الزوج المتصرفة أيضا فالظاهر معه وهو اليد المتصرفة فكان مقتضى هذا أن يكون القول فيما إذا كان الشئ المتنازع فيه مما يصلح للزوجة فقط .

(قول الزوج بيمينه لا يقال ذلك) لأن هذا الظاهر عارضه ظاهر آخر أقوى منه وهو صلاحية الشئ المتنازع فيه وهى تدل على أن الزوجة هى التى تستعمله دون الزوج فيكون خاصا بها ، ولهذا كان القول لها فيما يصلح لها فقط عند العجز عن إقامة البينة .

وقيل : أن القول للزوجة فى مقدار ما يجهز به مثلها عادة من الأعيان الصالحة لهما عملا بالعرف والعادة إذ الجارى بين الناس أن الزوجة لا تنتقل فى الأعم الأغلب من الحالات إلى مسكن الزوجية بدون جهاز وأما ما زاد عن مقدار ما تجهز به فى العادة فيكون القول فيه للزوج عملا باليد المتصرفة وهذا الرأى جدير بالأخذ به ، وتؤيده العادة المستمرة بين الناس فى أن الزوجة لا تزف إلى زوجها ولا تدخل بيت الزوجية مجردة عما جرت العادة بتجهيز أمثالها .

أما الإختلاف فى أثاث البيت بين ورثة الزوجية بعد وفاتهما . كالإختلاف بين الزوجين حال حياتهما فيقوم ورثه كل منهما مقامه ، وكذا الإختلاف بين أحد الزوجين وورثه الآخر بعد وفاته . كالإختلاف بين الزوجين سواء أكان الزوج هو الموجود على قيد الحياة أم الزوجة .

ويقول الإمام أبو حنيفة : إذا كان الإختلاف بين ورثه الزوج والزوجة فى الأثاث الصالح للرجال والنساء فالقول فيه قول الزوجة لا قول ورثه الزوج . فلا يقومون مقامه فى هذه الصورة لأن الظاهر يؤيد الزوجة ويشهد لها وهو وضع يدها على الشئ المتنازع فيه فيكون القول لها مع يمينها . فإذا حلفت

اليمين حكم لها وإن نكلت عن اليمين حكم لورثه الزوج (١) .

وقيل : يكون القول للزوجة مع يمينها فى مقدار ما يجهز به مثلها عادة وما زاد على ذلك يكون للزوج مع يمينه لأن الغالب أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها فيكون الظاهر شاهد لها فى مقدار جهاز مثلها ، فيكون القول قولها فى هذا المقدار وما زاد على ذلك يكون القول فيه للزوج مع يمينه لأن الظاهر يشهد له فيما زاد .

وهذا الرأى الأخير هو الأقرب للفقه خصوصا فى عصرنا الحاضر لأن الزوجة تنفق المهر والكثير من مالها أو مال أبيها فى الجهاز وما يلزم الأشياء التى تصلح لها ولزوجها فيجب أن يكون القول لها مع يمينها فى قدر الجهاز مثلها ولا عبرة باليد هنا ولا محل لتحكيمها فى ذلك .

نفقة الزوجة

معنى النفقة : وللنفقة معنيان فى اللغة وآخر عند الفقهاء :

أما معناها لغة : فهى اسم لما ينفقه الإنسان على غيره من نقود ونحوها .

وعند الفقهاء : اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة .

والمراد بنفقة الزوجة : ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها من فرش وغطاء وأدوات منزلية حسب ما يقتضيه العرف .

حكم نفقة الزوجة :

النفقة واجبة للزوجة على زوجها جزاء احتسابها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح .

---

(١) أنظر : ـ الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين/١٨٩

ـ الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين / محمد محى الدين ١٨٥ .

ـ عقد الزواج للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩٢ .

دليل وجوبها للزوجة :

والأصل فى وجوب النفقة للزوجة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

١ - أما الكتاب : فقوله تعالى فى شأن المطلقات « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ، وإذا كان إسكان المطلقات والإنفاق عليهن واجباً . فإن إسكان الزوجة والإنفاق عليها واجب بالطريق الأولى .

٢ - وأما السنة : فقد روى أن هنداً بين عتبة امرأة أبى سفيان جاءت إلى رسول الله ﷺ وقالت له يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ولده إلا ما أخذ من ماله بغير علمه فقال لها رسول الله ﷺ : "خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى ولدك" .

فلو لم تكن النفقة واجبة للزوجة على زوجها لما أمر رسول الله ﷺ زوجة أبى سفيان بغير إذنه بدون علمه ما يكفيها بالمعروف .

٣ - أما الإجماع : فقد اتفق المجتهدون من لدن عهده ﷺ إلى أن وجوب نفقة الزوجة على زوجها دون نكير من أحد .

٤ - وأما المعقول : فإن من القواعد المقررة فقهاً أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة على ذلك الغير . فالمفتى والقاضى والوالى وغيرهم من العاملين فى الدولة لمنفعة المجتمع تجب نفقاتهم فى بيت المال بقدر كفايتهم وإذا كانت الزوجة حبست نفسها لمنفعة زوجها فتكون نفقتها واجبة عليه .

السبب فى وجوب نفقة الزوجة :

حصر الفقهاء أسباب وجوب النفقة للإنسان على غيره فى ثلاث هى :

١ - الزوجية .

٢ - القرابة .

٣ - الملك .

ويهمنا الآن بيان سبب نفقة الزوجة ، فأقول " إن سبب وجوب نفقة الزوجة

على زوجها هو الزوجية الصحيحة بينهما ولكن هذا الوجوب ليس بسبب نفس الزواج الذى يتحقق بمجرد العقد الصحيح كما هو الشأن فى وجوب المهر وإنما بسبب ما يترتب على هذا العقد من حق الزوج فى احتباس زوجته عليه ودخولها فى طاعته ليتمكن من الإنتفاع بثمرات الزواج .

فإذا كان عقد الزواج صحيحا وترتب عليه احتباس الزوجة على زوجها بحيث يؤدى هذا الإحتباس إلى استيفاء المقصود بالزواج وذلك بتسليم الزوجة نفسها حقيقة أو حكما . بأن تكون مستعدة للدخول فى طاعة الزوج وغير ممتنعة من الإنتقال إليه ومن دخوله بها وجبت لها النفقة على الزوج .

أما إذا لم يتحقق هذا المعنى فلا تجب لها النفقة لعدم تحقق سبب وجوبها وهو الإحتباس المفضى إلى المقصود بالزواج .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها ثلاثة شروط :

١ ـ أن يكون عقد الزواج بين الزوجين صحيحا شرعا ، فالعقد الفاسد والباطل لا تستحق بموجبهما الزوجة نفقة على زوجها ، لأن الواجب فيهما ما على الزوجين هو الإفتراق وتحريم المعاشرة بينهما معاشرة الأزواج ، فهذا يفوت الإحتباس الذى هو سبب وجوب النفقة .

٢ ـ أن تكون الزوجة صالحة لإستمتاع الزوج بها وتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها وذلك بأن تكون الزوجة كبيرة أو صغيرة يمكن الدخول بها لأن ذلك يؤدى إلى الإحتباس المشروع .

٣ ـ ألا يفوت حق الزوج فى إحتباس الزوجة بدون مبرر شرعى وبسبب ليس من جهته .

من لا نفقة لها من الزوجات :

إذا تحققت شروط النفقة السابقة استحقت الزوجة النفقة على زوجها ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة ، وذلك يظهر فى الزوجات الآتية :

أولا : الزوجة الناشزة :

الزوجة الناشزة : هى التى خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعى والتى خرجت من بيت زوجها بلا إذن بغير وجه حق فهى التى فوتت على الرجل حق الإحتباس بغير حق . والنشوز يشمل ما يأتى :

١ - إذا امتنعت الزوجة عن الإنتقال إلى منزل الزوج بدون حق وسبب شرعى وقد دعاها إلى الإنتقال وأعد المسكن إعداداً كاملاً يليق به ، فإذا كان امتناعها عن الإنتقال إلى منزل الزوج بحق شرعى إذا لم يدفع لها معجل الصداق الذى اتفقا على تعجيله أو الذى تعارف على تعجيله فتجب لها النفقة على زوجها .

٢ - إذا خرجت من بيت الزوج بدون مبرر شرعى بعد إنتقالها إليه واستمرت خارجة مدة وأقصرت متى كان خروجها بغير إذنه فإن كان خروجها بمبرر شرعى كأن يكون السكن غير شرعى لعدم استيفائه الأدوات اللازمة أو لكونه مشغولا بسكن الغير فلا تعد الزوجة ناشزة عن طاعته وتجب لها النفقة .

٣ - إذا كان الزوج يقيم مع زوجته فى بيتها بإذنها ثم منعته من الدخول ولم تطلب منه الإنتقال إلى مسكن آخر ولم تترك له فرصة للبحث تسقط نفقتها ؛ لأن منعها له من غير الطلب السابق والإمهال خروج عن طاعته .

ثانيا : أن الزوجة إذا حبست ولو ظلما لا تجب لها النفقة لفوات حق الزوج فى الإحتباس بسبب لا دخل له فيه فيفوت بذلك حقها فى النفقة .

وكذلك لو خطف الزوجة رجل وحال بينها وبين زوجها لا تجب لها النفقة على زوجها لفوات الإحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه .

وقيل لها النفقة لأن المانع من الإحتباس حينئذ ليس من جهتها .

ثالثا : إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم لها فلا نفقة لها لفوات الإحتباس بسبب من جهتها ولأنها تعتبر عاصية بهذا السفر الذى لا يصحبها فيه زوج أو محرم .

رابعا : أن الزوجة إذا كانت لها حرفة كالتدريس والتمريض ونحو ذلك وكان عملها يشغلها بالنهار أو بعضه أو يشغلها الليل أو بعضه ثم تقضى فى بيت الزوجية بقية الوقت فلا نفقة لها على زوجها إذا لم يرض باحترافها ونهاها عن الإشتغال بمهنتها فلم تمتثل ، وكذلك لو رضى الزوج بذلك أول الأمر ثم طلب منها الإمتناع عن العمل ولم تجبه إلى طلبه فلا تجب لها النفقة لفوات التسليم الكامل الذى هو شرط وجوب النفقة ؛ ولأن احترافها بعد نهى الزوج يكون نشوزاً منها والناشزة لا تجب لها النفقة .

أما إذا رضى الزوج بالإحتراف ولم يمنعها من العمل واستمر على ذلك فلها النفقة لرضاه بالإحتباس .

هذا ما قرره الفقهاء ، ولكن العمل الآن فى القضاء يجرى على فرض النفقة للزوجة المحترفة سواء رضى الزوج بذلك أم أبى لأن إقدام الزوج على الزواج بها وهو يعلم أن لها عملاً يقتضيها ترك البيت نهاراً أو ليلاً يعتبر رضا منه بسقوط حقه فى الإحتباس الكامل .

خامسا : المعقود عليها بعقد فاسد ، وكذلك المدخول بها بشبهة بغير عقد فهاتان لا نفقة لهما فقدا تحقق الشرط الأول من شروط وجوب النفقة للزوجة على الزوج ، وهو كون العقد غير صحيح ، وأيضا لم يتحقق سبب وجوب النفقة وهو الإحتباس المشروع المؤدى إلى المقصود من الزواج ؛ لأن من تزوج امرأة بعقد فاسد أو دخل بامرأة بشبهة لم يجز له احتباسها بل يجب عليهما أن يفترقا إما بنفسهما أو بجهة القضاء .

سادسا : إذا أراد الزوج الإنتقال إلى بلد آخر فامتنعت الزوجة عن السفر مع زوجها وكان الزوج قد أوفاها عاجل صداقها فلا تجب لها النفقة لأن امتناعها عن السفر فى هذه الحالة يعتبر نشوزاً لأن أساس الحياة الزوجية تعيش الزوجة حيث يعيش الزوج .

وقيل : ليس للزوج أن يسافر بزوجته إلى مسافة القصر أو أكثر منها بدون رضاها لأن الزوج يضارها ويضيق عليها بهذا السفر .

والرأى الأقرب إلى الحق هو أنه إن علم بأن الغرض من السفر الإضرار بالزوجة والكيد لها ، لا يحكم عليها بالسفر معه ، وإن تبين أن السفر ليس

للإضرار وإنما ظروف عمل الزوج أجبرته إلى الإنتقال وكان قانونا عليها ألزمت الزوجة بالسفر مع الزوج ، فإن امتنعت عن السفر كانت ناشزة وسقط حقها فى النفقة .

سابعاً : إذا حبس الزوج في جريمة ارتكبها فلا تسقط نفقة زوجته عنه ، وكذلك لو كان الحبس ظلماً ، أو كان في ديون زوجته ؛ لأن فوات الإحتباس بسبب من جهة الزوج .

القانون :

هذا هو أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، الذى يعتبر القانون الواجب التطبيق فيما لا نص عليه بذاته في قوانين الأحوال الشخصية ، وقد صدر بشأن بعض هذه الأحكام نصوص خاصة منها ما يتعلق بوقت وجوب النفقة ومنها ما يتعلق بنفقة المريضة ومنها ما يتعلق بنفقة الموظفة ومنها ما يتعلق ببعض الأحوال التى تسقط فيها النفقة والتى لا تسقط فيها ، وهذه الأحكام لم تتقيد فيها النصوص بالراجح من المذهب الحنفى كما كان معمولاً به قبل صدورها ، وفيما يلى بيان هذه الأحكام بعد تعديلها .

وجوب النفقة فى القانون والأحوال التى يسقط فيها هذا الوجوب :

عالج القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، بعض أحكام النفقة ، من حيث وجوبها ومن حيث الأحوال التى يسقط فيها هذا الوجوب ، وذلك بما نص عليه فى الفقرات الخمسة الأولى من المادة الأولى منه ، وذلك على النحو التالى :

"مادة ١" (١)

- تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً (٢) ، حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه فى الدين .

- ولا يمنع مرض الزوجة من إستحقاقها للنفقة .

(١) استبدال القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل قوانين الأحوال الشخصية ، نصوص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بالنصوص المشار إليها .

(٢) التسليم يكون حقيقياً وحكمياً . فالحقيقى هو دخول الزوجة فى منزل الزوجية ، والحكمى ظهور استعدادها لتسليم نفسها إذا طلبها زوجها .

- وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

- ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت ، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق ، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها .

- ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الإمتناع عنه .

هذه هى نصوص الفقرات الخمس الأولى من المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وبالنظر فيها يتبين أنها اشتملت على الأحكام الآتية :

أولا : أن نفقة الزوجة تجب لها على زوجها بحكم العقد الصحيح ، وتكون ديناً صحيحا وقويا فى ذمة زوجها من حين العقد ، إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين ، دون توقف هذا الوجوب على التقاضى أو التراضى .

ثانيا : أن الزوجة المريضة كالزوجة السليمة فى وجوب نفقتها على زوجها ، وأن مرضها لا يؤثر فى استحقاقها للنفقة ، وفضلاً عن ذلك فقد ألزم القانون بثمن الأدوية ومصاريف العلاج .

وقد استثنت المذكرة التفسيرية من إستحقاق الزوجة المريضة للنفقة ، الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها فى حالة عجزها عن الإنتقال إلى منزل الزوجية .

ثالثا : أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والمسكن وسيأتى تفصيل ذلك .

رابعا : أن النفقة لا تجب على الزوج بل تسقط عنه فى الأحوال الآتية :

أ - إذا ارتدت عن الإسلام ، بأن خرجت من دين الإسلام إلى غيره .

ب - إذا امتنعت مختارة عن تسليم نفسها لزوجها والدخول معه في منزل الزوجية بدون حق ولا عذر شرعى ، يستوى أن يكون امتناعها قبل الدخول بها أو بعد الدخول بها ، وفى كلا الحالتين تكون ناشزاً ، أى خارجة عن طاعة زوجها ، ولا خلاف فى أن الناشز لا تستحق النفقة على زوجها مدة نشوزها ولو كانت النفقة مفروضة ، فإن النشوز يسقطها أيضا إلا إذا كانت النفقة مستدانه فإنها لا تسقط على الراجح كالموت .

ج - إذا اضطرت الزوجة لعدم تسليم نفسها لزوجها بسبب ليس من قبل الزوج ويتناول هذا الإضطرار كما تقول المذكرة التفسيرية : إذا حبست ولو بغير حكم أو اتقلت أو منعها أولياؤها من القرار فى البيت .

خامسا : إن النفقة تجب على الزوج ولا تسقط عنه فى الأحوال الآتية :

أ - إذا خرجت بدون إذنه فى الأحوال التى يباح فيها الخروج بحكم الشرع أو العرف أو الضرورة .

وقد مثلت المذكرة التفسيرية الأحوال التى يباح فيها الخروج بحكم الشرع ، خروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته ، وإلى القاضى لطلب حقها (١) .

ومثلت لما يقضى به العرف : خروجها لقضاء حوائجها التى يقضى بها العرف ، كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض (٢) .

ومثلت لما تقتضيه الضرورة : بإشراف المنزل على الإنهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها .

والضرورة هى الحالة المحدقة بالإنسان ويترتب عليها ضرر يلحق بالنفس أو المال أو الدين أو العقل أو العرض ، بحيث يضطر معها إلى إرتكاب أمر

---

(١) يتعين الرجوع فى غير ما ذكر إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، وذلك للتعرف على الحكم الذى ينطبق على الواقعة المطروحة ، أنظر مجمع الأنهر جـ١ ص٤٨٩ .

(٢) المراد بالعرف فى هذا النص : العرف فى نطاق الشرع ، وهذا ما أسفرت عنه مناقشة مجلس الشعب لهذه المادة .

محظور شرعاً للمحافظة على أى من هذه الأمور ، قال تعالى « **وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضررتم إليه** » .

ب ـ إذا خرجت بدون إذنه لأداء عملها المشروع ، ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة استعمال أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الإمتناع عنه .

ومن نصوص هذه الفقرة وما جاء بالمذكرة التفسيرية لها ، فإنه يكون للزوجة أن تخرج لأداء عملها دون أن يكون لذلك الخروج أى تأثير على إستحقاقها للنفقة فى الأحوال الآتية :

١ ـ إذا إشترطت عليه فى عقد زواجها بقاءها فى العمل أو حقها فى أن تعمل ورضى بذلك .

٢ ـ إذا تزوجها عالماً بعملها قبل الزواج .

٣ ـ إذا عملت بعد الزواج وقبل الدخول بها ورضى الزوج صراحة أو ضمنا .

٤ ـ إذا عملت بعد الدخول بها ورضى الزوج صراحة أو ضمنا .

فى هذه الأحوال جميعا يثبت رضا الزوج الصريح أو الضمنى ، ولا يجوز له منع زوجته من الخروج لأداء عملها ، وإذا خرجت بدون إذنه لا تعتبر ناشزاً ولا تسقط نفقتها .

هذا وعدم اعتبار خروج الزوجة للعمل سبباً لإسقاط نفقتها مشروط بشرطين:

الشرط الأول : ألا تسئ استعمال حق الخروج للعمل ، فإن أساءت استعماله ، بأن تمادت فى كثرة الخروج وتهاونت فى شئون الزوجية ، كان للزوج أن يطالبها بالإمتناع عن العمل .

الشرط الثانى : ألا يطرأ على الأسرة ما يجعل استمرارها فى العمل منافياً لمصلحتها . والأسرة كما هو معلوم تتكون من الزوج والزوجة والأولاد ، فإذا طرأ على الأسرة بهذا المعنى ما يستدعى بقاء الزوجة فى المنزل وعدم

خروجها للعمل ، كان لزوجها أن يطالبها بالإمتناع عن العمل ، سواء اتصل ذلك الصالح بالزوج أو الأولاد أو الزوجة نفسها ، كأن كان العمل يستدعى سهرها أو يضعفها ونحو ذلك . وعند التنازل يفصل القاضى بينهما بما يراه كفيلاً بتحقيق مصلحة الأسرة .

تقدير النفقة :

سبق القول أن نفقة الزوجة تتناول كل ما تحتاج إليه لإقامة حياتها من طعام وكسوة وسكنى وخدمة وكل ما يلزمها بحسب العرف والعادة .

وطريق وصول هذه النفقة إليها نوعان : تمكين وتمليك .

فالتمكين يكون : بقيام الزوج بالإنفاق على زوجته فعلاً بما يكفيها من الطعام والكساء وإعداد المسكن المناسب ، فإذا وفر الزوج لزوجته حاجتها من ذلك ، فإنها تكون قد استوفت حقها فى النفقة بطريق التمكين الذى يتفق مع الحياة الزوجية السعيدة المستقرة .

فإذا طلبت مع توافر ذلك أن تقدر لها نفقتها لتستقل بها فى المعيشة ، فإنها لا تجاب إلى طلبها لإندفاع حاجتها بما هو الأصل .

أما إذا قصر الزوج فى أداء ما يجب عليه ، بأن قتر عليها أو امتنع عن إطعامها أو كسوتها بغير حق أو لم يعد لها المسكن المناسب ، فإنه يكون لها أن تطلب منه تقدير نفقتها بالمعروف لتتولى هى الإنفاق على نفسها ، فإن امتنع ، كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضى وتطلب منه أن يقدر لها نفقتها على زوجها ، وعلى القاضى أن يجيبها لطلبها متى ثبت لديه تقصير الزوج فى الإنفاق عليها ويأمره بالأداء إليها وهذا هو طريق تمليك النفقة .

ويعتبر فى تقدير النفقة ما هو الأيسر والأسهل على الزوج فى الدفع ، فإن كان من أصحاب المرتبات أو من التجار ، فرض النفقة عليه مشاهرة ، وإن كان عاملاً باليومية أو بالأسبوع فرضها عليه كل يوم أو كل أسبوع ، وهكذا على حسب ما يقضيه عمل الزوج ، وهذا ما نص عليه صاحب المبسوط .

وإختار غيره من فقهاء المذهب : تقديرها مشاهرة فى جميع الأحوال ، لأنه

يتعذر القضاء بها كل ساعة كما يتعذر القضاء بها فى جميع المدة، فقدرت بالشهر لأنه الأوسط ، وهو أقرب الآجال .

وتفرض الكسوة كل ستة أشهر ، لأنها تحتاج إليها كل ستة أشهر بإختلاف البرد والحر ، كما يفرض لها بدل فرش إن طلبته .

ويجب على الزوج أن يجعل لها نفقتها ، بأن يعطيها لها مقدماً ، حتى تتمكن من تدبير معيشتها وتستطيع الصرف على نفسها ،

وقد جرى عمل المحاكم فى مصر على أن القاضى يفرض مبلغاً من النقود كل شهر لطعام الزوجة ومسكنها من غير فرق بين من يعمل باليوم أو بالشهر أو بغير ذلك ، ومبلغا آخر كل شهر لبدل كسوتها مساوى لبدل طعامها أو أكثر منه أو أقل على أن يدفع كل ستة أشهر ، على أن من القضاة من يفرض مبلغا شهريا لكل أنواع النفقة من طعام وكسوة ومسكن.

كيف تقدر النفقة :

المعروف بين الناس أن الزوجة تقيم فى بيت زوجها وأن يتولى بنفسه الإنفاق عليها وإحضار كل ما يلزمها من طعام وكسوة ودواء وغير ذلك ومتى كان الزوج قائما بهذا الواجب فيها . أما إذا قصر الزوج فى ذلك كان لها أن تطلب منه تقدير مقدار من النفقة لتتولى هى الإنفاق منه على نفسها . فإن امتنع رفعت الأمر إلى القاضى فإن ثبت له تقصير الزوج فى الإنفاق. فرض عليه النفقة وأمره بأدائها إلى الزوجة .

والنفقة التي يفرضها القاضى على الزوج أو يقررها الزوج على نفسه يصح أن تكون أصنافاً من الطعام وكسوة للصيف وأخرى للشتاء ، ويصح أن تكون نقوداً أو مقدراً لتنفق الزوجة على نفسها .

إذن والذى يجرى عليه العمل الآن هو أن يقرر القاضى أو الزوج مبلغاً شهرياً مراعياً ما يفرضه كفاية الأنواع الثلاثة (المأكل ، والمشرب ، والمسكن ، والكسوة) .

ما يجب مراعاته عند تقدير نفقة الزوجة :

ويراعى فى تقدير النفقة ما يأتى :

١ - أن تكون النفقة في مقدارها كافية للزوجة مع مراعاة حالة الزوج المالية يساراً وفقراً بقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة ، فإن كان الزوج ميسوراً وجبت عليه نفقة الموسرين مهما كانت حالة الزوجة ، كذلك لو كان الزوج غنياً أول الأمر ثم افتقر فلا يلزم إلا بما يستطيعه ، وإن كان متوسط الحال فالواجب عليه نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين .

٢ - أن يتبع فرض النفقة ما هو الأيسر والأسهل على الزوج في الدفع فإن كان عاملاً يشتغل بالأجرة يومياً قدرت عليه نفقة يومية وإن كان يأخذ أجرته كل شهر فرضت عليه النفقة مشاهرة ، وإن كان زارعاً فموسم الحصاد ، وإن كان المعمول به في المحاكم الآن هو فرض نفقة شهرية تكفي حاجة الزوجة (من طعام وكسوة ومسكن) .

٣ - حال الأسعار في الأسواق ارتفاعا وانخفاضا عند تقدير النفقة الزوجية رعاية لجانبي الزوج والزوجة . لأن النفقة لكفاية الزوجة المعيشية وأثمان السلع تختلف بإختلاف الأسعار . فلا مانع من أن يعدل القاضي ما فرضه بما يتناسب مع حال الزوج .

نفقة المسكن (السكن الشرعي) :

يجب على الزوج أن يعد للزوجة مسكنا شرعيا مستوفيا للشرائط الشرعية فإذا لم يهيئ الزوج للزوجة المسكن الشرعي الذي يصلح لسكن الزوجة ، فرض لها القاضي أجرة مسكن إذا طلبت هي ذلك .

ولا يكون المسكن شرعياً إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية :

١ - أن يكون ملائما لحال الزوج المالية ، فإذا كان حالتها وإذا كان مثله يسكن في دور أو شقة وجب عليه أن يسكنها في ذلك ، وإن كان مثله يسكن في حجرة كان المسكن الشرعي لزوجته حجرة تأمن فيها على نفسها ومتاعها .

٢ - أن يكون مشتملا على كل ما يلزم للسكنى من أثاث وفراش وأدوات منزلية لازمة ، وأن يكون له من مرافق ضرورية ، وهي التي تلزم للسكنى غير مشتركة مع أحد من أهل المساكن الأخرى ، إلا إذا كان الزوج فقيراً

ومن الذين يسكنون فى المساكن التى مرافقها مشتركة فلا بأس فى ذلك ويكون المسكن بالنسبة للزوجة مسكنا شرعيا .

٣ - أن يكون المسكن خاليا من مسكن الغير ولو كان من أهل الزوج وأولاده من غيرها إلا إذا كان ولده من غيرها صغيرا أو غير مميز لأن راحة الزوجة فى السكن حق من حقوقها ، ومسكن الغير معها يضايقها ويقيد حريتها ويمنعها من تمام المعاشرة مع زوجها وقد لا تأمن على نفسها أو مالها منه .

٤ - أن يكون السكن بين جيران صالحين ، تأمن فيه على نفسها وفى مكان غير منقطع وغير موحش ولا مخيف ، فإن كان أقارب الزوجة يسكنون فى دار واحدة مع الزوجة فليس للزوجة أن تطلب نقلها إلى مسكن آخر إلا إذا كانت المرافق متحدة ، فإذا كان لكل بيت مرافق خاصة فهو مسكن شرعى وكان أقارب الزوج يؤذيها بالقول والفعل فلها أن تطالب بالنفقة .

وخلاصة القول :

أن المسكن يجب أن يكون لائقاً بحالهما معاً خالياً من أهله وولده وغيرهم إلا برضاها .

ثمن الدواء :

إذا كان الشرع لم يحدد النفقة وإنما أوجبها على الزوج وترك أمر تقديرها إلى العرف فيأخذ ثمن الدواء والعلاج للزوجة حكم العرف . وما من شك أن أهل العرف يذمون الزوج القادر وينكرون عليه إذا أهمل زوجته المحتاجة إلى العلاج وتركها بدون تطبيب ، كما يذمون الوالد إذا أهمل أولاده المرضى مع قدرته على شراء الدواء وأجرة الطبيب . كما يجب على الزوج نفقة الولادة وأجرة التوليد إذا دعت الحاجة إلى ذلك .

نفقة الخادمة :

إذا كان الزوج موسراً وزوجته ممن لا يخدمن أنفسهن فى بيوت آبائهن ، كان على الزوج أن يحضر لها خادماً ، وتكون نفقته على الزوج لأن نفقته من توابع نفقة الزوجة ، فإن امتنع عن إحضاره خادم فرض لها القاضى أجراً لخادمها .

أما إذا كان الزوج معسراً فلا تجب عليه نفقة خادم لزوجته ، لأن الواجب على الزوج المعسر أو فى نفقة الكفاية ، والخادم من الأمور الكمالية ولزيادة التنعيم وفى هذه الحالة تخدم الزوجة نفسها .

وإذا كانت الزوجة من طبقة تخدم نفسها لا يجب على الزوج إحضار خادم لها لما فى ذلك من تخفيف أعباء البيت وشئونه .

وإذا احتاجت الزوجة لأكثر من خادم كأن يكون للزوج أولاد لا يكفيهم خادم واحد تفرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر .

ما الحكم إذا رفض الزوج الإنفاق على زوجته :

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته رفعت الأمر إلى القاضى ، فإن ثبت امتناعه عن القاضى فعليه أن يتحرى حال الزوج :

١ - فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضى من ماله جبراً عليه وأعطى الثمن للزوجة لتنفق منه على نفسها وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره وطلبت الزوجة حبسه يحبسه القاضى عقوبة له على مماطلته وحتى يدفعه الحبس على الإنفاق على زوجته ومدة الحبس موكول تقديرها إلى القاضى .

٢ - أما إذا كان الزوج معسراً ، غير قادر على أداء النفقة المفروضة عليه ، وطلبت الزوجة حبسه لإمتناعه عن أداء المفروض لها . فالقاضى لا يحكم بحبسه متى ثبت لديه إعساره وعدم قدرته على الأداء لأن الحبس لدفع ظلمه بامتناعه عن النفقة مع القدرة ، ولا ظلم من المعسر فى امتناعه عن الدفع معجزة عن الأداء قال الله تعالى « **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** » .

ولأن حبس المعسر لا يفيد كما فى الموسر .

وفى هذه الحالة تستدين الزوجة على زوجها بأمر القاضى ، فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضى من تجب عليها نفقتها من أقاربها كأبيها وأخيها بادانتها ولو كانت غير متزوجة وإذا أدى القريب النفقة إلى الزوجة يرجع بما يؤديه على زوجها إذا أيسر وعند امتناع القريب عن أدائها يحبسه القاضى حتى يؤدى إليها ما تنفق على نفسها .

نفقة زوجة الغائب :

وما هو الغائب ؟ هو من لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته أمامه وسؤاله عن الدعوى .

١ - فإذا كان الزوج الغائب له مال ظاهر من جنس ما تقدر به النفقة كالنقود مثلاً فإما أن يكون فى يد الزوجة أو فى يد غيرها . كما إذا كان وديعة للغائب عند آخر أو دينا له على آخر . فإن كان مالا ظاهرا فى يد الزوجة فلها أن تأخذ منه ما يكفيها لنفقتها بالمعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضى وإذا رفعت أمرها إلى القاضى طالبة فرض نفقتها على زوجها الغائب من المال الذى تحت يدها أو علم بها القاضى فرض لها نفقة وأمرها أن تستوفى نفقتها من مال زوجها الذى تحت يدها .

أما إذا كان المال الظاهر الذى تركه الغائب ليس من جنس النفقة كالأراضى والبيوت فإن القاضى يفرض لها النفقة وتستوفيها الزوجة من غلة هذه الممتلكات ، ولكن لا يباع منها شئ تنفيذاً لحكم النفقة ؛ لأن مال المدين الحاضر لا يباع جبراً عنه لسداد دينه إذا امتنع عن آدائه بل يحبس حتى يؤدى دينه فمن باب أولى لا يباع مال الغائب لسداد دينه .

وقيل يجوز بيع مال المدين إذا كان حاضرا وامتنع عن أداء دينه ، ولما كان للغائب مال ظاهر وطلبت زوجته أمام القضاء فرض نفقة لها عليه . وأذن لها فى الإستدانه فإن لم تجد من تستدين منه أمر القاضى من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بإدانتها ، فإن امتنع عن آدائها وكان قادراً حبسه القاضى حتى يمتثل لأمره وعلى القاضى أن يحتفظ لحق الغائب فيستحلف الزوجة ويأخذ منها كفيلاً يكون ضامناً لما تأخذ من مال الغائب لنفقتها حتى إذا عاد زوجها وتبين أنها لم تكن مستحقة لما أخذته من ماله رجع عليها وعلى الكفيل بما أخذته بدون حق ، وعليه أيضا أن يستحلف الزوجة أن زوجها لم يترك لها نفقة أو أنها ليست ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتها منه .

هذه هى أحكام المذهب الحنفى الذى كان يجرى عليه العمل بالمحاكم قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فلما صدر هذا القانون نص فى مادته الخامسة على أنه :" إذا كان الزوج غائبا" غيبة قريبة ، فإن كان له مال

ظاهر ، نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضي بعد مضى الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي" وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

الأحكام التي جاءت بها المادة الخامسة :

فرقت المادة الخامسة بين من كانت غيبته قريبة وبين من كانت غيبته بعيدة

فمن كانت غيبته قريبة فله حالتان :

الحالة الأولى : أن يكون له مال ظاهر أو كفيل بالنفقة ، وفى هذه الحالة للزوجة أن تنفذ عليه الحكم بنفقتها في ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو من خلاف جنسها ، أو ترجع بها على الكفيل .

وفى هذه الحالة لو طلبت الزوجة من القاضي أن يطلقها لعدم الإنفاق ، فلا يجيبها القاضي إلى طلبها ولا يطلقها ، لأن الغيبة قريبة وله مال تنفذ نفقتها عليه .

الحالة الثانية : ألا يكون له مال ظاهر أو كفيل بالنفقة ، وفى هذه الحالة إذا طلبت الزوجة تطليقها منه لعدم الإنفاق أجابها القاضي وتعين عليها أن تعذر إليه بالطرق المعروفة ويضرب له القاضي أجلا يحدده له . كي يرسل لزوجته ما تنفق منه على نفسها أو يحضر هو ليتولى الإنفاق عليها فإذا مضى الأجل ولم يرسل ما تنفق منه زوجته أو لم يحضر للإنفاق عليها ، وتحققت المحكمة من وصول الإعذار إليه طلق عليه القاضي بعد مضى الأجل.

أما من كانت غيبته بعيدة فإذا ثبت عدم وجود مال له تنفذ فيه زوجته نفقتها ، وطلبت تطليقها ، فإن القاضي يطلقها دون إعذار ولا ضرب أجل ، وذلك بعد ثبوت الزوجية وغيبة الزوج أو جهل مكانه أو فقده .

والمراد بالغيبة القريبة : أن يكون الزوج بمكان يسهل وصول قرار المحكمة

إليه بإعذاره فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام .

وبالغيبة البعيدة أن تكون المسافة فيها عشرة أيام فأكثر ، أو كان الشخص غير معلوم المكان ، أو فقد ولا يعلم أحد أحى أم ميت ، أو كان بمكان لا يمكن وصول الرسائل إليه .

ويسرى على المسجون إذا أعسر بالنفقة أحكام الغيبة القريبة .

ومأخذ المادة الخامسة ما ذهب إليه المالكية .

والمراد بالمال الظاهر ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة ، بمقتضى لائحه الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة من وزير الحقانية فى ٤ من إبريل ١٩٠٧ .

والطرق المعتادة : أن يبدأ بالتنفيذ على النقود الموجودة عيناً ، ثم على المنقولات ثم على العقار فى حالة عدم وجود منقولات أو عدم كفايتها .

النفقة المتجمدة :

لا خلاف فى أن الزوجة إذا كان مقضيا لها بالنفقة بالتراضى أو بقضاء القاضى ، ومأمورة بالإستدانة من زوجها أو من القاضى ، أن نفقتها تكون ديناً قوياً على زوجها ، لا يسقط إلا بالآداء أو الإبراء ، شأنه شأن سائر الديون الصحيحة .

أما إذا لم يكن هناك تراض على النفقة أو لم يصدر بها حكم من القاضى ومضت مدة إمتنع فيها الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فقد ذهب الحنفية إلى أنه لا حق للزوجة فى الرجوع على زوجها بما يتجمد لها من النفقة ، لأن النفقة لا تصير ديناً على الزوج إلا بالقضاء أو التراضى (١) . وإذا كانت النفقة مقضياً بها أو متراضياً عليها ، لكنها لم تؤمر فيها بالإستدانة ، فإنها تكون ديناً ، لكن لشبهها بالصلات تعتبر ديناً ضعيفاً يسقط بالآداء والإبراء ، وبغيرهما من المسقطات كالنشوز وموت أحدهما والطلاق على خلاف فيه (٢) .

(١) إستثنوا من ذلك المدة إذا كانت المدة أقل من شهر فلا تسقط نفقتها ، لأنها تعتبر فترة تقاضى ولابد أن يمضى مثلها عليها قبل القضاء لها ، أنظر مجمع الأنهر جـ١ ص٤٩١ .

(٢) الصحيح فى المذهب أن النفقة المفروضة أو التراضى عنها لا تسقط بالطلاق قبل القبض ، الدر المنتقى شرح جـ١ ص٤٩١ .

وذهب الأئمة الثلاثة الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين إلى أن نفقة الزوجة تصير ديناً من وقت وجوبها وإمتناع الزوج عن أدائها ، سواء أكانت مقضيا بها أم لم تكن ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا تسقط بمضى المدة ولا بنشوز الزوجة ولا بالطلاق لأنها عوض أوجبه الله تعالى لها بمقتضى العقد فى مقابل إحتباسها لمنفعة الزوج وقيامها على شئون البيت ومصالحه ، وإذا كانت عوضاً فإنها تكون ديناً كسائر الديون لا تسقط بمضى الزمان (١) .

ونظراً لأن مذهب جمهور الفقهاء هو الذى يتفق وموجب عقد الزواج ، فقد ترك العمل بمذهب الحنفية وأخذ بمذهب جمهور الفقهاء إعتباراً من وقت صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فقد أعتبر القانون المذكور نفقة الزوجة ديناً صحيحاً فى ذمة الزوج من وقت إمتناعه ، عن الإنفاق مع وجوبه عليه ، كما أعتبر نفقة عدة المطلقة من تاريخ الطلاق إذا ثبت عدم أدائها ، ولها أيضا الحق فى المطالبة بنفقة زوجيتها عن المدة السابقة على تاريخ الطلاق .

فقد جاء فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠: « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً فى ذمته من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء » .

وجاء فى المادة الثانية : « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق » . ويتبين من نصوص هاتين المادتين أنهما إشتملتا كما جاء بالتعليمات التى أصدرتها وزارة العدل بعد صدور القانون المذكور على حكمين مخالفين لما كان عليه العمل من قبل وهما:

١ ـ أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط فى إعتبارها ديناً فى ذمة الزوج القضاء أو الرضا ، بل تعتبر ديناً من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه .

٢ ـ أن دين النفقة من الديون الصحيحة ، وهى التى لا تسقط إلا بالأداء

---

(١) المغنى جـ٧ ص٥٧٨ ، جواهر الأكليل جـ١ ص٤٠٥ .

أو الإبراء ويترتب على هذين الحكمين :

١) أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ، إذا أدعت أن زوجها تركها من غير نفقة مع وجوبها عليه طالت المدة أو قصرت ، ومتى أثبتت ذلك بطريق من طرق الإثبات حكم لها بما طلبت .

٢) أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو خلعا ، فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ، ما لم يكن ما تجمد لها عوضاً عن الطلاق أو الخلع ، بأن أبرأت الزوجة زوجها من متجمد النفقة فى نظير أن يطلقها أو يخلعها .

٣) أن النشوز الطارئ لا يسقط متجمد النفقة ، وإنما يمنع النشوز من وجوبها فى حينه ، أى وقت نشوز الزوجة أو المعتدة فقط .

أقصى مدة تسمع فيها الدعوى عن نفقة ماضية :

أعطى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ كما قلنا ، الحق للزوجة فى أن تطالب زوجها بالنفقة عن مدة ماضية مهما كانت طويلة ، الأمر الذى ترتب عليه إغراء بعض من خلاق لهن من الزوجات إلى إرهاق أزواجهن بمبالغ باهظة متجمدة عن سنين عديدة ، فوضعت لعلاج هذا الأمر الفقرة السادسة من المادة (٩٩) من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : « لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وجاء بالمذكرة التفسيرية بشأن هذه الفقرة : أما النفقة عن المدة الماضية فقد رؤى أخذا بقاعدة جواز تخصيص القضاء ، ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ولما كان فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إحتمال المطالبة بنفقة سنين عديدة ترهق الشخص الملزم بها ، رؤى من العدل دفع صاحب الحق فى النفقة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين ، وجعل ذلك من طريق منع سماع الدعوى .

وليس فى هذا الحكم ضرر على صاحب الحق فى النفقة إذ يمكنه أن يطالب به قبل مضى الثلاث سنين . هذا وقد أطبقت كلمة الكتاب والباحثين على أن هذه المدة ما تزال كبيرة ومن شأنها إرهاق الأزواج وإفساح المجال أمام كذب الكاذبات .

فإن المرأة قد لا تعجز عن إثبات ما تدعى ، وقد يعجز الزوج عن دفع ما تدعيه من إمتناعه طوال المدة وإثبات الإنفاق ، وبخاصة إذا عرفنا أن النساء قسمان :

قسم لا يلجأ إلى المحاكم قط ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك ، وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج وإمتناعه عن الإنفاق ، وهؤلاء يجدن فى الثلاث سنين بابا للكيد والأذى واسعاً .

فلما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م إستجاب لتلك النداءات المستمرة وأستبدل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وما كان مقرراً فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحه المحاكم الشرعية ، بما نص عليه فى الفقرتين السادسة والسابعة من المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بعد إستبدالها بنصوص أخرى .

فنص فى الفقرة السادسة على أنه : تعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ونص فى الفقرة السابعة على أنه : لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ويتضح من نصوص الفقرتين :

أولا : أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على زوجها من تاريخ إمتناعه عن الإنفاق عليها مع وجوبه ، ولا يسقط متجمد نفقتها إلا بالأداء أو الإبراء . وقد أخذ القانون برأى الأئمة الثلاثة كما كان عليه الحال فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وعلى ذلك فإذا سلمت الزوجة نفسها للزوج حقيقة بأن ذهبت إلى منزل الزوجية أو حكماً بأن أظهرت إستعدادها لطاعته ، كانت نفقتها فى ذمة زوجها من وقت إمتناعه عن الإنفاق من غير توقف على قضاء أو تراض

بينهما .

ثانيا : أن دعوى الزوجة بنفقة عن مدة ماضية ، لا تسمع فيها لأكثر من سنة سابقة على تاريخ رفع الدعوى (١) .

وتعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ، ويكون تاريخ الإيداع هو نهاية السنة التى تسمع فيها دعوى النفقة عنها . والسنة فى نطاق الأحكام الشرعية تنصرف إلى السنة الهجرية إلا ما نص عليه القانون (٢) .

والتقدير الذى ذهب إليه القانون ، تقدير واقعى وعادل ، لأنه من النادر أن تترك الزوجة مطالبة زوجها بنفقتها عن مدة ماضية لأكثر من سنة ، لأن الحاجة للنفقة متجددة يوما فيوما ، وتركها المطالبة لأكثر من سنة دليل على إحتيالها وسوء نيتها .

متى تعتبر ديناً على الزوج :

إذا مضت مدة لم ينفق فيها الزوج على زوجته مع وجوب نفقتها عليه وأنفقت الزوجة على نفسها فى تلك المدة من مالها إذا استدانت من غيرها وأنفقت على نفسها . ففى هذه الحالة يصبح ما أنفقته الزوجة على نفسها فى تلك المدة ديناً على الزوج لا يسقط عنه الإدعاء إلى الإبراء فى سائر الديون سواء كانت هذه النفقة مفروضة بقضاء القاضى أو بتراضى الزوجين

---

(١) عدم سماع دعوى الزوجة قضاء عن أكثر من سنة من تاريخ رفع الدعوى ليس مبيناً على بطلاق الحق أو زواله لأن الشريعة الإسلامية لا تقر التقادم المكسب للحق أو المسقط له ، بل أن الحق يتعلق بذمة من عليه ما دام على قيد الحياة ، ولا يسقط عنه إلا بالأداء أو الإبراء ، وإنما أساسه أن لولى الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى الظاهر فيها الإحتيال والتزوير ، وعلى هذا لا يكون من أثر لعدم سماع دعوى نفقة الزوجة عن مدة ماضية لأكثر من سنة إلا حرماتها من المعونه القضائية للوصول إلى حقها .

(٢) نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية فى المادة ٢٣ منه على أن المراد بالسنة فى المواد من ١٢ ـ ١٨ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

أو لم تكن مفروضة ؛ لأن النفقة حق للزوجة فلا تسقط بعد وجوبها على الزوج إلا بالأداء أو الإبراء .

وعلى هذا فللزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها من مدة سابقة على طلبها النفقة من القاضى إلا أن هذه المدة لا تزيد عن ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء ، وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها فى الجدول العمومى .

الكفالة بالنفقة :

قلنا إن النفقة تجب للزوجة من تاريخ العقد وتعتبر ديناً صحيحاً فى ذمة الزوج من غير توقف على القضاء أو التراضى وعلى هذا تصح الكفالة بالنفقة مطلقاً استحساناً على خلاف ما يقضى به القياس والقاعدة المقررة فى الكفالة (وهى أن الكفالة لا تصح إلا إذا كان المكفول به ديناً صحيحاً) ومقتضى ذلك أن الكفالة لا تصح قبل تقريرها بالقضاء أو التراضى لأن المكفول به حينئذ لا يكون ديناً فى ذمة الزوج ، وذلك للرقب الناس ولمعونه الزوجة على الوصول إلى حقها فى النفقة التى عليها حياة الأنفس . فإذا طلبت الزوجة أو وليها من الزوج عند العقد أن يعطيها كفيلاً بنفقتها يضمنها لها وقدم لها الزوج بذلك صحت الكفالة بالنفقة .

ولكن ماذا يكون الحكم ؟ لو أراد الزوج السفر أو كان من عادته أن يغيب فطلبت الزوجة كفيلاً بنفقتها فهل يجيبها القاضى إلى طلبها ؟

قيل : لا يجوز للقاضى أن يجيبها إلى طلبها ولا يجبر الزوج على اعطائها كفيلاً بذلك لأن النفقة لم تثبت ديناً بعد ولم يطلب الزوج بها ويجبر الإنسان على تقديم كفيل بحق لم يطالب به ولم يصرف امتناعه عن ادائه .

وقيل : للقاضى إن يجيب طلبها ويجبر الزوج على اعطائها كفيلاً يضمن لها النفقة مدة غيبته . فإذا كانت المرأة لا تعلم مدة الغيبة التى يريدها الزوج ، هل هى شهر أو أقل أو أكثر فإنها تعطى كفيلاً بنفقة شهر ؛ لأن أقل الواجب وهو المتيقن فى النفقات بالشهر .

أما إذا علمت أنه سيغيب بأكثر من شهر كما إذا خرج للتجارة فى بلاد

نائية أو لطلب العلم فإنها تعطى كفيلاً بقدر المدة التى يتوقع غيابه فيها . وهذا الرأى هو الذى عليه الفتوى لأنه أيسر وبه تتحقق مصلحة الزوجة ولا ضرر فيه على الزوج .

تعجيل الزوج نفقة زوجته :

إذا عجل الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبلة ثم طرأ أثناء المدة لم يسقط وجوب النفقة عنه كأن يعطيها نفقة شهر فى أوله ثم تنشز فى وسطه أو يطلقها أو تموت هى أو يموت هو . فهل للزوج أو من يقوم مقامه أن يسترد من النفقة التى أعطاها لها مقدار نفقة المدة الباقية بعد حدوث ما يوجب سقوطها عنه ؟

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الزوج لا يسترد شيئاً مما عجله لها من النفقة لأن النفقة فيها شبهة الصلة والصلة بين الزوجين لا رجوع فيها.

وذهب الشافعي ومحمد بن الحسن إلى أن للزوج أن يسترد مما عجله لها من النفقة مقدار نفقة المدة التى لا تستحق عنها نفقة ؛ لأنها إنما أخذت هذه النفقة جزاء احتباس الزوج لها .

فإذا فات الإحتباس سقط جزاؤه ومقابله فلا يكون لها حق فى هذا المال ومتى لم يكن لها حق فى أخذ هذا المال وجب عليها أن ترده ويبدو أن القضاء سار على هذا الرأى الأخير .

المقاصة بدين النفقة

إذا كان الزوج له دين على الزوجة فهل يصح أن يسقط ما عليه من دين النفقة بطريق المقاصة بين ما لها وما عليها ؟

إن القواعد المقررة أن الدينين إذا تساويا فى القوة ذهبا بالمقاصة إذا طلب أحد الطرفين وإذ كان أحد الدينين أقوى من الثانى فإن طلب المقاصة

صاحب الدين الأقوى أجريت المقاصة فيهما لأنه قد رضى بذهاب دينه الأقوى فى الدين الضعيف ، وإذا كان صاحب الدين الضعيف هو الذى طلب المقاصة لا تتم إلا برضا الآخر لأنهما لم يتساويا .

ولقد قال الحنفية إن دين الزوجة غير حال الإستدانة لا يكون ديناً قوياً

ولقد قرروا أن الزوج إن طلب المقاصة أجيب لأن دينه أقوى أما الزوجة إذا طلبت المقاصة فلا تجاب إلا إذا رضى الزوج .

وهذا هو المذهب (أعنى الحنفية) المعمول به الآن أن الدينين متساويان ولذلك تجرى المقاصة بينهما وتجوز سواء أكان الذى طلب المقاصة الزوج أم الزوجة وكان العمل من قبل على أن المقاصة لا تكون إجبارية إلا إذا طلبها . ولاشك أن المقاصة قد يكون فيها أذى بالمرأة إذا لم تكن موسرة ؛ لأن ما تأخذه إنما تنفق منه فليس من العدل أن تجرى فيه المقاصة من غير رضاها وإن النفقة لها إمتياز خاص وهى من ضرورات الحياة .

ويرى الحنابلة : أن المقاصة تجرى إذا كانت بطلب الزوجة ، ولا تجرى إلا بطلب الزوج إلا إذا رضيت أو ثبت أنها موسرة تستطيع أداء الدين من مالها . أما إذا كانت معسرة فلا يجاب الزوج إلى طلب المقاصة ، وهذا رأى حسن .

ولذا اقترح العمل به فى مشروع القانون الذى اقترح سنة ١٩١٦ وهذا نص المادة ١٢٤ منه (وإذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها ولو لم يرض وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بماله عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئا من نفقتها).

ولكن ذلك الرأى مازال مقبوراً مع هذا المشروع ، وما عليه العمل لا يمنع جريان المقاصة إن طلب أحدهما ولو كانت فى أشد الحاجة إلى النفقة .

وإن ذلك لا يتفق مع العدل ، ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس فى سبيله ولا يجوز فى غيره من الديون (١) .

(١) أنظر : ـ عقد الزواج وآثاره للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩٤

ـ والأحوال الشخصية للشيخ بدران ص ٢٦٣ .

القسم الثانى

الفرقة بين الزوجين

وحقوق الأولاد

الفرقة بين الزوجين

١ ـ تعريفها : والفرقة لغة : بمعنى الافتراق وجمعها فرق .

واصطلاحا : هى انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب .

٢ – أنواعها : وهى نوعان : فرقة فسخ وفرقة طلاق .

وقال صاحب القوانين الفقهية (١) :

إن الفراق بين الزوجين يقع على خمسة عشر وجها وهى :

الطلاق على اختلاف أنواعه . والإيلاء إن لم يفىء الزوج عن يمينه . واللعان . والردة . والإضرار بالزوجة . وتفريق الحكمين بين الزوجين .

واختلاف الزوجين فى الصداق قبل الدخول . وحدوث الجنون أو الجذام أو البرص فى الزواج . ووجود العيوب فى أحد الزوجين . والاعسار بالنفقة أو الصداق . والتغرير . والفقد .

٣ – الفرق بين الفسخ والطلاق :

وهما يفترقان من وجوه :

الأول : من حيث الماهية :

فالفسخ : نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذى يترتب عليه .

أما الطلاق : فهو إنهاء للعقد ولا ينهى الحل إلا بعد الطلاق الثلاث .

الثانى : من حيث الأسباب :

الفسخ : يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد ينافى الزواج كردة الزوجة أو جماع الزوج لأم زوجته وذلك ينافى الزواج .

أو حالات مقارنة للعقد تقتضى عدم لزومه من الأصل كخيار البلوغ لأحد الزوجين وخيار أولياء المرأة التى تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية .

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢٢٧ .

أما الطلاق : فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم وهو من حقوقا الزوج يوقعه بإرادته المنفردة .

والفسخ إما أن يكون بتراضى الزوجين كالخلع أو بواسطة القاضى .

الثالث : من حيث الأثر المترتب على كل منهما :

١ - الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل . أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات .

٢ - أن فرقة الفسخ لا يقع فى عدتها طلاق إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام فيقع فيها طلاق عند الحنفية زجرا وعقوبة .

أما عدة الطلاق : فيقع فيها طلاق آخر ويستمر فيها كثير من أحكام الزواج

٣ - أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيء من المهر .

أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى ، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة (١) .

٤ - متى تكون الفرقة فسخا ومتى تكون طلاقا ؟

تكون الفرقة فسخا فى الحالات الآتية :

أولا : إذا وقع العقد غير صحيح كالزواج بزوجة الغير أو معتدته أو إحدى المحارم .

ثانيا : أذا طرأ على الزوجية ما يوجب الحرمة كالاتصال الجنسى بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فرعه مما يوجب حرمة المصاهرة .

ثالثا : الفرقة بسبب اللعان : لأنه تترتب عليه الفرقة المؤبدة لحديث (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) (٢) رواه الدار قطنى عن ابن عباس .

رابعا :الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته أو إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعد إسلام زوجها .

---

(١) الموسوعة الفقهية للعلامة د. وهبة الزحيلى ج ٧ ص ٣٥٥ .

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص٢٧١ .

وتكون الفرقة طلاقا : فيما يلى :

أولا : إذا استعمل الزوج أو من يحل محله لفظ الطلاق الصحيح أو المختلف فى فساده .

ثانيا : إذا حدثت الفرقة بالخلع فى الزواج الصحيح أو المختلف فى فساده على القول بأن فرقة الخلع فرقة طلاق لا فسخ .

ثالثا : الفرقة بسبب الإيلاء : كأن يحلف الزوج أن لا يقرب زوجته مدة تزيد عن أربعة أشهر فإن لم يعد عن يمينه بعد أمر القاضى له بعد ادعاء الزوجة فرق بينهما وكانت الفرقة طلاقا .

رابعا : الفرقة لعدم كفاءة الزوج سواء أكانت من الزوجة أم من وليها .

خامسا : الفرقة لعدم الإنفاق أو للغيبة أو للضرر وسوء العشرة .

سادسا : الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام لأنه فرقة بسبب أمر طارىء يوجب التحريم غير المؤبد الذى ينتهى بالرجوع عن الإسلام .

الطــــــلاق

٥ – معنى الطلاق : **الطلاق لغة** : رفع القيد .

وشرعا : رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية . فرفع قيد النكاح فى الحال يكون بالطلاق البائن وفى المآل يكون بالطلاق الرجعى .

واللفظ الصريح هو ما كان مشتقا من مادة (ط ل ق) . والكناية ماعدا الصريح . وسيأتى تفصيل ذلك بعد .

٦ – مشروعية الطلاق :

وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى

« الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » (١)

---

(١) سورة البقرة – الآية ٢٢٩ .

وقوله تعالى { يأأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } (١) .

وأما السنة : فقوله ﷺ " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " (٢) .

وقوله ﷺ " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " (٣) وقال عمر رضى الله عنه (طلق النبى صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها) (٤) .

الإجماع : فقد أجمعت الإمة من لدن حياته صلى الله عليه وسلم حتى الآن على جواز الطلاق .

العقل : والعقل يؤيد وقوعه : فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة وضررا بإلزام الزوج النفقة والسكنى . وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة ، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل الزواج لتزول المفسدة الحاصلة منه .

٧ - حكم الطلاق : ويخضع حكمه للأحكام التكليفية الآتية .

وإيقاع الطلاق مباح .

وقال الكمال بن الهمام : الأصح حظره إلا لحاجة تدعو إليه كريبة .

ويستحب : إذا كانت الزوجة مؤذية أو تاركة للصلاة وغيرها من الفرائض .

ويجب : لو فات الإمساك بالمعروف كما لو كان الزوج خصيا أو عنينا أو مجبوبا .

ويحرم : إذا كان بدعياً وذلك بأن يطلقها ثلاثا بلفظ واحد أو مفرقات فى طهر واحد أو يطلقها وهى حائض أو نفساء . والطلاق فى هذه الأحوال واقع كما أوقعه الزوج وإن كان حراماً .

---

(١) سورة الطلاق - الآية ١ .

(٢) ، (٣) ، (٤) نيل الأوطار للشوكانى ج٦ ص٢٢٨ - ٢٢٠ - ٢١٩ .

وفيما عدا هذه الأحوال الثلاث يكون الطلاق سنيا فلا يحرم .

٨ - هل الأصل فى الطلاق الحظر أو الإباحة ؟

وقد اختلف الفقهاء فى أصل الطلاق أهو الحظر أو الإباحة ؟.

أ - **فرأى الحنفية** : أن الأصل فيه الإباحة لقوله تعالى { **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء** } ونفى الجناح يقتضى الإباحة . وطلق رسول الله حفصة والصحابة كانوا يطلقون زوجاتهم ولم ينكر عليهم أحد ذلك ، فسيدنا عمر طلق أم عاصم وابن عوف طلق تماضر وروى أن مغيرة بن شعبة كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفا ، فقال (أنتن حسنات الأخلاق ناعمات الأرزاق طويلات الأعناق اذهبن فأنتن الطلاق) وما هذا إلا لأنه مباح .

ب - وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل فيه الحظر إلا لحاجة لقوله تعالى { **فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** } والطلاق من غير حاجة سبيل ظالم فلا يصار إليه . وقوله (لعن الله كل ذواق مطلاق) يؤكد ذلك إذ اللعن لا يكون على غير محظور .

وسواء أقلنا بترجيح الحظر أم الإباحة فما هو موضع اتفاق بين الفقهاء أن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية . إذا أصبحت مثار للفتن ومحلا للأحقاد ومضيعة للتآلف والتواد وذلك تخفيف من ربكم ورحمة (١) .

٩ - لماذا شرع الطلاق ؟

شرع الطلاق كعلاج حاسم وحل نهائى أخير لما استعصى حله على الزوجين وأهل الخير والحكمين بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع وتعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين أو بسبب الإصابة بمرض لا يحتمل أو عقم لا علاج له مما يؤدى إلى ذهاب المحبة والمودة وتوليد الكراهية والبغضاء . فيكون الطلاق منفذا متعينا للخلاص من المفاسد والشرور حادثة . فالطلاق إذا ضرورة لحل مشكلات الأسرة ؟

---

(١) انظر الأحوال الشخصية للشيخ / محمد مصطفى الحسينى شحاته .

وما قد يترتب على الطلاق من أضرار وبخاصة الأولاد تحتمل فى سبيل دفع ضرر أشد وأكبر عملا بالقاعدة : (يختار أهون الشرين) .

لكن مع هذا : فقد رغب الشرع فى خطوات تتخذ قبله للحيلولة من وقوعه .

منها : أنه رغب الأزواج في الصبر وتحمل خلق الزوجة ومعاشرتها بالمعروف فقال تعالى { **وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا** } .

وفيما رواه مسلم عن أبي هريرة قوله صلى الله عليه وسلم " لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر .

كما شرع طرقا ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين من وعظ وإرشاد وهجر المضجع وإعراض وضرب وإرسال حكمين من قبل القاضي إذا عجز الزوجان عن الإصلاح وإزالة الشقاق الذى بينهما وكل ذلك مأخوذ من قوله تعالى { **وإن امرأة خافت من بلعها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليها أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعلمون خبيراً** } وقال تعالى { **واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا ً كبيراً** } وقال تعالى { **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا** } (١) .

فإن وقع الطلاق فيمكن العودة إلى الزواج بالرجعة من غير شهود مادامت المرأة فى العدة أو بعقد جديد بعد انتهاء العدة وذلك لمرتين بعد الطلقة الأولى وبعد الثانية فتلك فترتان متكررتان لمراجعة الحساب وتقدير الظروف وتعقل النتائج والآثار .

---

(١) سورة النساء – الآية ٣٥،٣٤ .

فالطلاق لا يلجأ إليه لأول وهلة ولأهون الأسباب كما يفعل بعض الجهلة ، وإنما الطلاق تشريع استثنائى للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل السابقة .

١٠ - لكن لماذا كان الطلاق بيد الرجل ولم يكن بيد المرأة ولا القاضى ؟.

الأصل أن الطلاق يوقعه الرجل بإرادته المنفردة لأن توابعه وآثاره تقع على عاتقه وحده ومن هنا قيل (الطلاق لمن أخذ بالساق) .

ولأن الرجل يقع على كاهله وحدة تحمل نفقات الزواج المالية من نفقة ومهر وغير ذلك ، ومقتضى ذلك أنه لو أقدم على الطلاق لترتب على ذلك خسارته فى كل ما أنفقه على هذه الزوجة . ويستلزم هذا بالضرورة أنه يجب عليه بمقتضى هذا الطلاق أن يدفع لها مؤخر الصداق ونفقة الأولاد والصداق للمرأة الجديدة التى تدفعه الحاجة بالتزوج بهاكل هذا وغيره يدفعه لمزيد من التفكير فيما لو أقدم على الطلاق .

أما المرأة فلا تغرم شيئا فى سبيل ذلك ومن ثم فقد تستهين بالطلاق ولا تحسب له حسابه فتقدم عليه بسهولة بل قد يغريها ذلك إلى الإقدام على الطلاق لأنها تستفيد ماديا .

كما أن الرجل بحكم طبيعته يتصرف بمقتضى العقل الذى من شأنه التريث وعدم التسرع والموازنة بين المغانم والمغارم .

ومن أجل كل هذا وغيره كان من المناسب أن يكون الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة .

ومع ذلك أعطت الشريعة الإسلامية المرأة حق طلب الطلاق إذا أساء الزوج استعمال حقه فى الطلاق أو تضررت إلى غير ذلك كما قلنا وكما سنبين فترفع أمرها إلى القضاء لرفع الظلم عنها .

كما أن الإسلام أجاز للقاضى أن يوقع الطلاق للمرأة حسب الأحوال بناء على طلبها استثناءاً من الأصل المقرر (أنه بيد الزوج) لأن مخاطر العصمة بيد القاضى أمر لا يقبله الإسلام ولا يستحسنه لأنه يؤدى إلى هتك أسرارالأسرة لأن القاضى لا يطلق إلا إذا وجدت مبررات معقولة تقتضى الطلاق مما يدفع كلا من الزوجين بالإفصاح بأمور قد يكون بينهما ما يلحق العار بالأسرة ويجرح حياءها وكرامتها وقد يترتب على هذا مضار ومفاسد اجتماعية كبيرة لا يحمد عقباها .

ومن أجل هذا وغيره يرفض الإسلام فكرة الطلاق بيد القاضى كما تنادى به بعض الأصوات الآن . لأن به تنكشف أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم وتسجيل فى سجلات القضاء وفى هذا من الخطر ما لا يخفى (١) .

١١ - شروط إيقاع الطلاق :

ليقع الطلاق من الزوج اشترط الفقهاء شروطا لابد من توافرها فى:

١ - الزوج (المطلق) .

٢- الزوجة (المطلقة) .

٣ - صيغة الطلاق (التى يقع بها الطلاق) .

أما شروط المطلق فهى :

أولا : أن يكون زوجا :

والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح .

---

(١) انظر فى ذلك البدائع ج٢ ص٩٨ - غاية المنتهى ج٣ ص١١٢ - القوانين الفقهية ٢٧٧ - الشرح الصغير ج٢ ص٥٤١ - مغنى المحتاج ج٣ ص٢٧٩

ثانيا : أن يكون بالغا :

وهذا الشرط لجمهور الفقهاء ومقتضى ذلك أنه لا يقع طلاق الصغير مطلقا مميز أذن له بذلك أم لا أجيز بعد ذلك من الولى أم لا . لأن الطلاق ضرر محض فلا يملكه الصغير ولا وليه لقوله ﷺ " رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل " رواه الحاكم وصححه وأخرجه أحمد (١) .

إلا أن الحنابلة يرون وقوع طلاق الصبى إذا كان يعقل الطلاق وكان سنه ما بين العاشرة واثنتى عشرة لأن العشر حد الضرب على الصلاة فكذلك هنا .

ثالثا : العقل :

ومقتضى هذا أنه لا يقع طلاق المجنون والمعتوه . وهذا فى الجنون الدائم المطبق أما المجنون المتقطع (وهو الذى يجن أحيانا ويفيق أخرى)

فإن طلاقه لا يقع فى حالة جنونه ويقع حين إفاقته .

وقد ألحق الفقهاء بالمجنون النائم والمغمى عليه والمدهوش (من اعتراه غضب أصابه فى أقواله وأفعاله) ذلك لانعدام أهلية الأداء لديهم . للحديث السابق وحديث (لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق) أخرجه أحمد والحاكم (٢) .

والسكران (وهو سرور يزيل العقل فلا يفرق صاحبه بين السماء والأرض) .

وأما السكران فإن كان غير متعد بسكره كما إذاسكر مضطراً . لم يقع طلاقه باتفاق لأنه لا عقل له فيلحق بالمجنون .

---

(١) جـ٦ ص١٠٠ .

(٢) المغنى جـ٧ ص٢١٢ .

وإن كان متعديا بسكره . كأن شرب طائعا مختاراً . وقع طلاقه عند جمهور الفقهاء وذلك عقابا له . ورغم غياب عقله بالسكر . لأن الصحابة جعلوا السكران كالصاحي في الحد بالقذف .

وقال قوم بعدم وقوع طلاقه (أقوال عند الحنابلة والشافعية والحنفية والقاسم وربيعة وغيرهم) لأنه فاقد العقل كالمجنون والنائم . وأنه لا فرق بين زوال العقل بمعصية أو غيرها . وهذا رأى قوى لأن الشارع حدد عقوبة السكر وأن الجريمة الواحدة لا يجوز أن تكون لها عقوبتان .

وهذا ما أخذت به القوانين في مصر وبعض البلاد العربية .

رابعا : القصد والاختيار :

والمراد بالقصد هنا : قصد اللفظ الموجب للطلاق من غير إجبار ومن هنا اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل : وهو من قصد اللفظ ولم يرد به ما يدل عليه حقيقة أو مجازاً فهو يتكلم على وجه اللهو واللعب . لحديث الرسول " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة " أخرجه الترمذى (١) .

ولأن الطلاق ذو حظ كبير باعتبار أن محله المرأة وهى إنسان فلا ينبغى أن يجرى فى أمره الهزل .

ولأن الهازل قاصد للفظ الذى ربط الشارع به وقوع الطلاق فيقع الطلاق بوجوده مطلقاً .

ويرى الإمام أحمد : عدم وقوع طلاق الهازل لأنه لا قصد له ، ولا طلاق إلا عن قصد .

واستدلوا بقوله تعالى « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » فنزلت الآية على اعتبار العزم . والهازل لا عزم له . وأما ما استدل به الجمهور من الحديث السابق وهو قوله ﷺ " ثلاث جدهن جد .... الخ " ففيه كلام كما نقل عن النسائى (٢) فلا يحتج به .

---

(١) ج٣ ص٤٨١ وقال صاحب نصب الراية أحد رواته مجهول ج٣ ص٢٩٢

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص٢٦٤ .

ويؤكد هذا ماقاله ﷺ " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى " ويترتب على ذلك أن العمل المجرد عن النية لا يترتب عليه شيء .

١٢ - طلاق المكره :

من أكره على الطلاق سواء أكان ذلك بإكراه ملجيء أم غير ملجيء - كما يقول الأصوليون - كان الطلاق باطلاً ولا يعتد به ولا أثر له ؛ لأن الذى طلق مكره ولايقصد بذلك الفرقة بينه وبين زوجته وإنما قصد دفع الضرر الذى هدد به عن نفسه .

وهذا ما يراه غالبية الفقهاء كالأئمة الثلاث - عدا الحنفية - والزيدية .

وقد استدلوا على عدم وقوع الطلاق بما روى عن ابن ماجه من حديث ابن عباس أن النبى ﷺ " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " .

فالإكراه لا يجيء مع اختيار ؛ لأنه يفسده . واعتبار التصرفات الشرعية إنما هو بالاختبار . والمكره ما أتى باللفظ المقتضى للحكم إلا لدفع الأذى عن نفسه فيجب أن ينتفى الحكم لانتقاء قصده . ولقد روى عن على وابن عمر وشريح وغيرهم عدم وقوع طلاق المكره .

قال ابن عباس " طلاق المستكره ليس بجائز " (١) .

فالمكره على الطلاق اختياره وقصده لا عبرة بهما للاضطرار لأن الله لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه بقوله تعالى « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » (٢) فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر كالطلاق فلا يقع .

ونرى وجاهة هذا الرأى بعدم وقوع طلاق المكره لأن الطلاق تصرف خطير فى أثاره ونتائجه فيجب أن يصدر من واع مختار قاصد لما يقول .

وهذا ما أخذت به القوانين ؛ اعتمادا على الراجح فى المذاهب السابقة

---

(١) فتح البارى ج٩ ص٣٤٢ .

(٢) سورة النحل - الآية ١٠٦ .

الذكر وما قاله الحنفية فى هذا الباب ليس بسديد ، حيث قالوا : إن الإكراه بنوعيه لا يفسد الاختيار وإنما يعدم الرضا . وقضوا بوقوع طلاق المكره وإن كان الإكراه كاملا .

وحجتهم : أن المكره قصد إيقاع الطلاق على زوجته حال أهليته لأنه عرف الشرين وأختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار .

وقد استدل هؤلاء لمذهبهم بأدلة منها : قوله ﷺ " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق " .

قالوا : فالهازل لم يقصد إيقاع الطلاق فكان ذلك خير دليل على أن الرسول ﷺ اعتبر مجرد التلفظ بالطلاق قاصدا اللفظ من غير اعتبار معناه موقعا للطلاق . ويقيسون المكره على الهازل لأنه قصد النطق وإن لم يرد المعنى فيقع الطلاق .

وكما استدلوا أيضا : بما رواه سيدنا عمر ﷺ " أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا وإلا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء إلى النبى ﷺ فسأله فقال الرسول " لا قيلولة فى الطلاق " (١) .

١٢ - طلاق المخطىء والساهي والناسي :

وينبغى فى البداية أن تعرف كل واحد من هذه المعانى :

١ - المخطىء : وهو الذى أراد التكلم بغير الطلاق . فجرى على لسانه الطلاق .

بأن أراد أن يقول (سبحان الله) فجرى على لسانه (أنت طالق) .

٢ - الساهي : هو الذى إن ذكر لا يتذكر لغيبة الشىء عن باله .

٣ - والناسي : وهو الذى إن ذكر يتذكر .

---

(١) انظر الدر المختار ج٣ ص٢٣٠ - ومغنى المحتاج ج٣ ص٢٨٩ - أعلام الموقعين ج٣ ص١٣٤ - والدسوقى ج٢ ص٣٦٧ - المغنى ج٧ ص١١٨

حكم طلاق هؤلاء :

الرأى الأول : وهو للمالكية والشافعية والإمام أحمد . عدم وقوع المخطىء والساهى والناسى ولا يعتد بقولهم إلا عند قرينة تدل عليه . وصورته أن يعلق طلاق امرأته على عدم محادثة فلان مثلا وحدثه ناسيا أو ساهيا هذا التعليق .

وهذا ما جرت عليه بعض القوانين . فى عدم وقوع طلاق المخطىء والناسى والساهى إلا إذا قامت قرينة تدل على ذلك .

وهذا كله مبنى على قوله ﷺ : " إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " أخرجه ابن ماجه وصحح الحاكم إسناده (١) لأنه لا نية له بمعنى أنه ينتفى عنه العقاب الأخروى ويصح أن يعيش مع أهله .

الرأى الثانى : وهو للإمام أبى حنيفة : فيقع عنده الطلاق قضاءاً ولايقع ديانه وذلك لخطورة محل الطلاق وهو المرأة . ولأن فى عدم إيقاع الطلاق فى هذه الحالة فتح باب الإدعاء بذلك بغير حق للتخلص من وقوع الطلاق وهو خطير وذريعة يجب سدها .

هذا واعتماد القاضى على الظاهر فى مثل هذه الأحوال وعدم تصديق المطلق فى ادعاء ما يخالفه مبنى على تعذر الوصول إلى معرفة تلك الأوصاف الباطنية ، فلو قامت عليها القرائن القاطعة أو الأدلة المقنعة فلا وجه لمنع القاضى من تصديقه .

ويستحسن لو أتيح للقاضى فى هذه الأحوال أن يعتمد على تحليف المطلق لأنه يدعى أمراً لا يعرف إلا من جهته وليس الطلاق من الأمور المحبوبة التى تنتهز الفرص لإيقاعها .

---

(١) ابن ماجه ج١ ص٦٥٩ – مغنى المحتاج ج٣ ص٢٨٧ – الشرح الكبير ج٢ ص٣٦٦ – الدر المختار ج٣ ص٢٣٠ – الأحوال الشخصية د. أحمد غندور ص٣٧٤ .

ومما يستأنس به لهذا ما روى أن ركانة بن عبد اللّه طلق امرأته سهيمة البتة وقال ما أردت إلا واحدة فحلفه رسول اللّه على نيته .

قال الشوكانى : (ومثل هذا كل دعوة يدعيها الزوج راجعة إلى الطلاق إذا كان فيها نفع له) .

وصح عن عمر بن عبد العزيز رحمه اللّه أنه أتى إليه بسكران طلق فاستحلفه باللّه الذى لا إله غيره لقد طلقها وهو لا يعقل فحلف فرد إليه امرأته وضربه الحد .

والزوجة كالقاضى إذا سمعت الطلاق من الزوج أو أخبرها به عدل لا يحل لها أن تمكنه من نفسها (١) .

طلاق السفيه :

السفه خفة فى العقل تدعو إلى التصرف بالمال على غير وفق العقل والشرع وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفيه : لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق ، ولأن السفه موجب للحجر فى المال خاصة . وهذا تصرف فى النفس وهو غير متهم فى حق نفسه فإن نشأ عن طلاق السفيه آثار مالية فهى تبع لا أصل . وخالف عطاء ، وقال بعدم وقوع طلاق السفيه (٢) .

١٤ - طلاق الغضبان :

الغضب حالة من الاضطراب العصبى وعدم التوازن الفكرى تحل بالإنسان إذا عدا عليه أحد بالكلام أو غيره .

والغضب لا أثر له فى صحة تصرفات الإنسان القولية ومنها الطلاق .

وادق ما قيل فى طلاق الغضبان :

ما قاله ابن القيم فى رسالته قال فيها :إنه على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يحصل له مبادىء الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ويقصده

---

(١) الأحوال الشخصية د. أحمد غندور ص٣٧٥ .

(٢) الموسوعة الفقهية ج٢٩ ص١٩ .

وهذا لا إشكال فيه فيقع طلاقه وتنفذ عبارته باتفاق .

الثانى : أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريد فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شىء من أقواله لأنه كالمجنون الذى لا يقصد ما يقول ولا يعلم .

الثالث : من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله . وقيل : إنه يقع طلاقه .

وقد اختار ابن القيم أنه لا يقع طلاقه (١) .

ويقول ابن عابدين : والذى يظهر لى أن الغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول ، بل يكفى فيه غلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل .

كما هو المفتى به فى السكران وقد نقل الإمام أحمد رواية قال فيها :

وحديث عائشة رضى الله عنها سمعت النبى ﷺ يقول : "لا طلاق فى إغلاق" قال أبو داود فى سننته أظنه الغضب . وفسره مسروق والشافعى وأحمد كلهم فسروا الإغلاق بالغضب .

وحقيقة الإغلاق : أن يغلق على الرجل قلبه فلا يقصد كلامه أو لا يعلم به كأنه انغلق عليه قصده وإرادته .

ويرى مالك والحنابلة : وقوع طلاق الغضبان إلا إذا ذهب الغضب بعقله فلا يقع طلاقه .

ويظهر لى أن القوانين لم تتعرض له والقضاء يبنى أحكامه على الأمور الظاهرة الثابتة .

ونرى أن الغضب إذا اشتد عليه حتى انسد عليه باب الإدراك الصحيح فلا يقع طلاقه معاملة له كالمجنون ولا يمكن أن يهدد مصير الأسرة بعاصفة سرعان ما تزول .

---

(١) انظر إغاثة اللهفان فى طلاق الغضبان لابن القيم ص٣٨ - رد المحتار على الدر - المختار ج٣ ص٢٤٣ - حاشية الجمل ج٤ ص٣٤٢ - الدسوقى ج٢ ص٣٦٦ .

١٥- طلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه :

مـرض الموت هو المرض الذى اتصل به الموت وكـان من الأمـراض التى يغلب فيها الهلاك .

ويلحق به : من يقدم للقتل قصاصاً أو يكون فى سفينة قد تلاطمت عليه الأمواج وخيف غرقها أو انكسرت ويقى على لوح منها أو خرج من الصف ليبارز رجلا .

حكم طلاقه :

من كان مريضا مرضاً يغلب عليه الموت فيه أو واقعاً فى حالة يغلب عليه خوف الهلاك فيها وأبان امرأته وهو كذلك طائعا مختاراً بلا رضاها ومات فى مرضه وهو فى تلك الحالة الخطرة بذلك السبب أو بغيره والمرأة فى العدة فإنها ترث منه إذا استمرت أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت .

فإن برىء الزوج من مرضه أو زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة أو حادثة أخرى وهى فى العدة فإنها لا ترثه .

أما سبب إرثها منه لأنه بإبانتها فاراً من أن ترثه ولو بحسب الظاهر فيرد عليه قصده السيء .

وقال الشافعى : لا ترث ؛ لأن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن وهو السبب فى الإرث وكيف ترثه هى إذا مات وهى فى العدة ولايرثها هو إذا ماتت وهى فى العدة فإذا اعتبرنا الزوجية قائمة فلتكن قائمة بالنسبة لهما جميعا وإن اعتبرناها غير قائمة فكذلك .

ورد على الشافعى رحمه الله :

بأن الزوجية هى سبب إرثها منه فى مرض موته والزوج قصد إبطال ذلك بإبانتها فيرد عليه قصده دفعا للضرر عنها .

وذهب الإمام أحمد وابن أبى ليلى إلى أن : زوجة الفار ترثه بعد انقضاء عدتها كما ترثه فى عدتها ولا ينقطع حقها فى الإرث إلا إذا تزوجت بغيره .

قال مالك : إن حقها فى الإرث لا ينقطع أبداً ولو تزوجت بعشرة أزواج .

ورد على ذلك :

بأن الإرث إنما يوجد بوجود سببه وسببه هنا الزوجية فإذا انقطعت بانقضاء العدة فلا سبب تستحق به الميراث .

والخلاصة : أن ما قال به الحنفية هو رأى وسط وهو المفتى به (١) .

١٦ - شروط من يقع عليها الطلاق :

ويشترط فى المطلقة التى يقع عليها الطلاق :

قيام الزوجية بينها وبين زوجها حقيقة أو حكماً .

وذلك بأن تكون المطلقة زوجة المطلق حقيقة أو حكماً .

ومعنى قيام الزوجية حكماً أن تكون معتدة من طلاق رجعى أو بائن ببينونة صغرى . وهذا لأن آثار الزوجية قائمة من وجوب النفقة وقرارها فى بيت الزوج غير أنه فات الاستمتاع البائن وهو لا يمنع التصرف فى المحل .

وكل معتدة من فرقة اعتبرها الشارع طلاقا كالفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام الزوجة ، والفرقة بالإيلاء يقع عليها الطلاق . لأن النكاح باق حكماً ولا يقع الطلاق على المطلقة قبل الدخول وبمجرد صدور الطلاق الأول تصبح أجنبية وتزول آثار النكاح فلا سبيل للزوج عليها ولا على المعتدة من فرقة تعتبر فسخاً كالفرقة بسبب خيار البلوغ وعد الكفاءة إذ الفسخ يرفع العقد من أساسه فلا يبقى للزوج أثر حتى يتصور وقوع الطلاق .

وخلاصة القول فى المرأة التى تكون محلا للطلاق والتى لا تكون محلا للطلاق ما يأتى : -

تكون المرأة محلا للطلاق :

١- إذا كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما .

٢ - إذا كانت معتدة من طلاق بائن ببيونة صغرى .

---

(١) انظر ابن عابدين ج٢ ص٥٢١ - الدسوقى ج٢ ص٣٥٢ - مغنى المحتاج ج٣ ص٢٩٤ - المغنى ج٦ ص٣٢٩ - الأحوال الشخصية للشيخ المرحوم / إبراهيم ص٢٨٢ .

٣ – إذا كانت معتدة من فرقة طلاق .

٤ – إذا كانت معتدة من فرقة هى فسخ لعقد الزواج فى الصورتين الآتيتين :

أ – إذا كانت معتدة بسبب إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام إذا أسلم زوجها .

ب – إذا كانت معتدة بسبب ردة الزوجين المسلمين عن الإسلام .

أما الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام فالرأى الراجح فى المذهب الحنفى : اعتبارها طلاقا لا فسخا .

ولاتكون المرأة محلا للطلاق :

١ – إذاكانت معتدة من فسخ الزواج بسبب ظهور أن العقد غير صحيح أو طروء حرمه المصاهرة .

٢ – إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونه كبرى .

٣ – إذا كانت معتدة من فسخ الزواج بسبب خيار البلوغ أو خيار الإفاقة.

٤ – إذا كانت معتدة من فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج .

٥ – إذا كانت معتدة من فسخ الزواج بسبب نقصان المهر عن مهر المثل .

٦ – إذا كانت مطلقة قبل الدخول إذ لا عدة عليها .

٧ – إذا كانت أجنبية ليست بينها وبين الرجل علاقة زوجية . فإذا قال الرجل لامرأة ليست زوجته (أنت طالق) فكلامه لغو . وأما إذا علق طلاقها على تزوجها كأن يقول لها (إن تزوجتك أنت طالق) يقع الطلاق إذا تزوجها وهذا عند الحنفية والمالكية لأنه علق على سبب الملك وهو التزوج .

هل المعتدة من طلاق تكون محلا للطلاق ؟

يرى بعض الفقهاء أن المعتدة من طلاق لا تكون محلا للطلاق .

إذ أن الطلاق لا يلحق الطلاق المتقدم عليه إلا إذا كان بعد رجعة إليها أو عقد زواجه عليها . فإذا أوقع الزوج طلاقا على زوجته فاعتدت ثم طلقها بعد ذلك فى العدة لم يقع الطلاق الثانى ولم يلحقها .

وهذا مروى عن عطاء وغيره واختاره ابن تيمية ، ووجهة : أنه طلاق لا تدعو إليه مصلحة وأن الطلاق لم يشرع إلا للضرورة . وقد اندفعت بالطلاق الأول .

ويرى آخرون من الفقهاء : أن المعتدة محل لإيقاع الطلاق عليها .

وهم فريقان :

فريق : يرى أن المعتدة من طلاق رجعى فقط ، وهم الشافعية والمالكية والحنابلة لأنها فى العدة كأنها فى الزوجية فتسرى عليها بعض أحكام الزواج .

بينما يقول الحنفية وابن حزم وبعض الزيدية : أن المعتدة من طلاق أو من فرقة ، يلحقها الطلاق مهما كان نوع العدة ويستثنون من ذلك المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى .

ومن المعاصرين من أيد الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق الثانى على المعتدة مهما كان سبب عدتها لأنه لا معنى له ولعدم الحاجة إليه لاندفاعها بالأول وذلك يوافق روح التشريع الذى بنى أحكامه على أساس العدل والرحمة وليس من الحكمة أن يعبث بالقول ويلحق الطلاق الثانى بالأول (١).

١٧ - شروط الصيغة : ضرورة الناجزة

المراد بالصيغة هنا كل ما يصدر عن المطلق دالا على إرادته وقوع الطلاق سواء أكان ذلك باللفظ أم الكتابة أم الإشارة . أما مجرد العزم على الطلاق بأن ينوى الزوج الطلاق فى نفسه أو يبيت ذلك ليلا أو وسوس له شيطانه ذلك دون أن يتلفظ فلا يقع الطلاق بكل ذلك عند أغلب لبفقهاء لأن الطلاق لا يقع بمجرد النيه لقوله ﷺ " إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به نفسها ما لم تتكلم أو تعمل " رواه النسائى والترمذى وقال هذا حديث صحيح لأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع .

---

(١) انظر الأحوال الشخصية للمرحوم فضيلة الشيخ مصطفى شحاته ص ٢٢٠ - والأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص٢٩٩ - ابن عابدين ج٢ ص٢٢٠ - الدسوقى ج٢ ص٣٢٨ - مغنى المحتاج ج٣ ص٢٩٣ - المغنى لابن قدامة ج٧ ص٢٩٢ .

ولأن الشرط فى صيغة الطلاق أن تكون لفظا يدل على الطلاق صريحا أو كناية . وذهب نفر قليل من الفقهاء إلى وقوع الطلاق فى هذه الحالة محتجين بقوله تعالى « وإن تبدوا ما فى أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به اللّه » (١) .

ويقوله ﷺ " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء " الحديث (٢) .

لكن يرد على هذا : بأن الآية تدل على أن الإنسان سيثاب أو يعاقب على ما يظهره أو يبطنه من خير أو شر ولا يدخل الطلاق بالنيه من غير تلفظ فى مضمون الآية لأن ذلك أمر خارج عن الثواب والعقاب ولا تلازم بين الأمرين .

وأما الحديث : فإنه يدل على أن العمل مع النيه هو المعتبر لا النية وحدها وبذلك نرجح الأول (٣) .

١٨ - ألفاظ الطلاق :

وهو نوعان : صريح وكناية (٤) .

صريح الطلاق : اختلف الفقهاء فى تحديد صريح الطلاق على النحو التالى :

١- فقال الحنفية : هو كل لفظ لا يستعمل فى عرف الناطق به إلا فى حل عقدة الزواج ولم يشترطوا فيه ألفاظا خارجة .

٢- **بينما يقول المالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية** : أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفا إلا فى حل عقدة الزواج وينحصر فى ذلك كأن يقول لزوجته : أنت طالق أو مطلقة أو الطلاق على أو الطلاق منى .

---

(١) سورة البقرة - الآية ٢٨٤ .

(٢) صحيح البخارى ج١ الحديث رقم ١ - صحيح مسلم / باب الإمارة / حديث رقم ٣٥٣٠

(٣) المحلى ج٧ ص١٩٨ - زاد المعاد ج٤ ص٤٧ - أحكام الأسرة د. عبد الفتاح أبو العنين ص ٣١٩

(٤) المحلى لابن حزم ج١٠ ص١٨٥ - المغنى ج٧ ص٣٢١ - مغنى المحتاج ج٣ ص٢٨٠ - الدسوقى ج٢ ص٣٧٨ - ابن عابدين ج٢ ص ٥٩٢ - زاد المعاد ج٤ ص٨٠ .

٣- **وقال الشافعية** : إن صريح الطلاق أحد ألفاظ ثلاثة ورد بها النص القرآني. وما اشتق منها مما لا يستعمل عرفا إلا في هذا . وهذه الألفاظ هي : (الطلاق - الفراق - السراح) .

٤- **وقال ابن حزم** : لا يقع الطلاق إلا بلفظ من ثلاثة ألفاظ . إما الطلاق وإما السراح وإما الفراق ، وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى طلاقا أم لم ينوه مستدلا بقوله تعالى « **ثم طلقتموهن** » وقوله « **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » وقوله « **فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف** » وقوله « **وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته** » .

فقال ابن حزم : لم يذكر الله حل رابطة الزوجية إلا بما نص عليه وذلك بقوله تعالى « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » .

وعلى ضوء ما تقدم : إذا تلفظ الزوج بلفظ صريح عالما مدلوله وأضافه إلى زوجته ولم توجد قرينة تصرفه عن معنى الطلاق ترتب عليه أثره في الحال بحيث لو قال : إنه لا يريد الطلاق لا يعتبر قوله ويقع ديانة وقضاءا .

أما الكناية : فهي اللفظ الذي لم يوضع لخصوص الطلاق بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ولمعنى آخر فهو محتمل الأمرين كقوله لها : أنت حرة أو خلية أو برية أو بائن أو حرام . إلى غير ذلك من الألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره . فإن نوى بذلك طلاقا وقع وإلا فلا .

فصيغ كنايات الطلاق يختلف الحكم فيها تبعا لا ختلاف معانيها والأحوال التي ترد فيها تلك الصيغ والألفاظ والنوايا والقرائن .

وقوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية لم تخرج عن هذا التقسيم حيث نص فيها على أنه يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفا ولا يقع بلفظ الكناية إلا بالنية (١) .

---

(١) الأحوال الشخصية د. أحمد الفندور ص ٤٠٦ - الأحوال الشخصية للأستاذ ص١٢ .

وتقسيم ألفاظ الطلاق إلى صريح وكناية ، وإن كان تقسيما صحيحا في أصل الوضع لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة فليس حكما ثابتا للفظ ذاته فرب لفظ صريح عند قوم يكون كناية عند آخرين أو يكون اللفظ صريحا في زمان أومكان وكناية في ذلك الزمان والمكان .

والواقع يشهد بذلك فمثلا لفظ (السراح) لا نكاد نسمع أحد يستعمله في الطلاق لا صريحا ولا كناية .

فلا يجوز أن نقول : أن من نطق بلفظ السراح لزمه الطلاق نوى أو لم ينو لأننا لا نرى أحدا يستعمله ونرى القرآن الكريم استعمله في غير الطلاق لذا يكون من كنايات الطلاق .

١٩ - **الطلاق بالكتابة والإشارة :**

اشترط الفقهاء لوقوع الطلاق بالكتابة شرطين :

الشرط الأول : أن تكون مستبينة .

الشرط الثاني : أن تكون مرسومة .

ومعنى كونها مستبينة : أن تكون مكتوبة بشكل ظاهر يبقى له أثر يثبت به . كالكتابة على الورق أو على الأرضية .

بخلاف الكتابة في الهواء والماء فإنها غير مستبينة ولا يقع بها الطلاق . وفي رواية الإمام أحمد وقوع الطلاق بها ولو لم تكن مستبينة .

ومعنى كونها مرسومة : ما كان معتادا أو يكون مصدرا أو معنويا مثل ما يكتب إلى الغائب فالكتابة المستبينة هي ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته .

وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وبشيء لا يمكن فهمه وقراءته .

ولا يقع الطلاق بها وإن نوى وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوي الطلاق يقع وإلا فلا .

وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينوى .

وصورة ذلك : أن يرسل الزوج الطلاق فى رسالة ويقول فيها : أنت طالق ، فيقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة .

ويرى ابن حزم أن الطلاق لا يقع بالكتابة لأن اسم التطليق الذى جاء به القرآن الكريم على اللفظ لا على الكتابة (١) .

والحق أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ . لأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب وسواء أكانت عبارتها بألفاظ صريحة أم كناية . ويجرى عليها أحكام الصريح والكناية كما تقدم .

هل يقع الطلاق بإرسال رسول ؟

نعم يقع الطلاق بإرسال رسول يحمل رسالة من الزوج ليبلغ الزوجة الغائبة بالطلاق فيقع عليها الطلاق لأن الرسول ينقل الكلام المرسل ويعتبر التبليغ بالرسول كالطلاق شفهيا .

وقوع الطلاق بالإشارة :

١ - يقع الطلاق من الأخرس العاجز عن النطق والكتابة بالإشارة المفهومة اتفاقا . لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت مقام الكلام للضرورة والحاجة حينئذ .

٢ - كذلك يقع الطلاق بالإشارة المفهومة من النطق حتى ولو كان قادرا على الكتابة قياسا على الأخرس فله الخيار فى إيقاع الطلاق باللفظ أو الكتابة وبأى الطرق فله الحق فى سلوكه .

وهذا عن الشافعية والمالكية والجعفرية والزيدية والحنابلة ورواية عند الحنفية .

---

(١) غير أن الشيعة الجعفرية لا يوقعون الطلاق بالكتابة إلا للعاجز عن النطق سواء أكان حاضرا أم غائبا وفى رواية عندهم يقع الغائب للحاجة إلى ذلك لكن بشرطين حضور شاهدين عند كتابة الطلاق ونية الطلاق وإلا لم يقع شىء .

وقال بعض الحنفية إن كان الأخرس يحسن الكتابة لا يقع طلاقه إلا بالكتابة لأنها أوضح دلالة على الطلاق من الإشارة .

وحيث أمكن الأقوى والأوضح لم يعدل عنه إلى الأضعف وهو الإشارة وهذا هو الراجح عندهم .

ويرى المالكية أن الإشارة المفهومة التى تدل على وقوع الطلاق يقع بها الطلاق مطلقا من الأخرس ومن غيره لأن الأصل التعبير عن وقوع الطلاق وهذا يتحقق باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة على حد سواء (١) .

---

(١) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج٢ ص ٣٨٤ – المغنى ج٧ ص ٤٢٣ – ابن عابدين على الدر المختار ج٢ ص٢٤٦ – مغنى المحتاج ج٣ ص٢٨٤ .

٢٠ - أنواع الطلاق

للطلاق أنواع مختلفة تختلف بحسب النظر إليه :

١ - فهو من حيث الصيغة المستعملة فيه على نوعين : صريح وكناية .

٢ - ومن حيث الأثر الناتج عنه على نوعين : رجعى وبائن .

والبائن على نوعين : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

٣ - ومن حيث صفته على نوعين : سنى وبدعى .

٤ - ومن حيث وقوع الناتج عنه على ثلاثة أنواع :

منجز - ومعلق على شرط - ومضاف إلى المستقبل .

وتفصيل ذلك :

٢١ - أولا : الصريح والكناية :

اتفق الفقهاء على أن الصريح فى الطلاق هو : ما لم يستعمل إلا فيه غالباً لغة أو عرفاً وعرف كذلك بأنه : ما ثبت حكمه الشرعى بلا نيه والتعريفان معناهما واحد وليس بينهما تناف .

كما اتفقوا على أن الكناية فى الطلاق هو : ما لم يوضع اللفظ له واحتمله غيره .

فإذا لم يحتمله أصلا لم يكن كناية وكان لغوا لم يقع به شىء .

واتفقوا على أن الصريح يقع به الطلاق بغير نية .

أما الكناية فلا يقع به الطلاق إلا مع النية . وذلك أن اللفظ يحتمل الطلاق وغيره . فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية .

وقد تقدم الكلام عن الألفاظ التى يقع بها الطلاق صريحا أو كناية .

فالصريح ما كان بألفاظ خاصة تقدم تحديدها عند الفقهاء كما ذكر (١).

---

(١) انظر ابن عابدين ج٣ ص٢٤٧ - الدسوقى ج٢ ص٣٧٨ - المغنى لابن قدامة ج٧ ص٣١٨ - مغنى المحتاج ج٣ ص٢٨٠ .

وأما الكناية فما وراء الصريح من الألفاظ مما يمثل الطلاق وغيره .

كقوله : الحقى بأهلك . وهكذا ... ونكتفي بهذا اعتمادا على ما سبق .

٢٢ - ثانيا النوع الثاني : الطلاق الرجعي والبائن .

ينقسم الطلاق من حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى رجعي وبائن .

الطلاق الرجعي :

هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة ولو لم ترض .

ويكون ذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة . فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا . فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد .

الطلاق البائن :

وهو نوعان : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

والبائن البينونة الصغرى : هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر . وهو الطلاق قبل الدخول أو على مال . أو الذي يوقعه القاضي للضرر .

والبائن بينونة كبرى : هو الذي لا يستطيع الرجل معه أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزوج آخر .

والأصل في الطلاق أن يقع رجعيا إلا إذا كان قبل الدخول أو كان على مال كما في الخلع أو كان مكملاً للثلاث أو مقترنا بعدد الثلاث .

والدليل على ذلك آيتان : قوله تعالى « **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » وقوله تعالى « **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** » إلى أن قال « **وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً** »

فتلك الآيتين تدلان على إمكان الرجعة مادامت المرأة فى العدة إلا ما دل الدليل على استثنائه : وهو الطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق لرفع الضرر ... الخ .

أحوال وقوع الطلاق البائن بينونة صغرى :

١ ـ الطلاق قبل الدخول الحقيقى أو بعد الخلوة الصحيحة المجردة .. فالأول يكون بائنا لأنه لا توجب به العدة ولا يقبل الرجعة .

بدليل قوله تعالى « **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها** » . وإذا لم تجب العدة فلا يمكن المراجعة لأن الرجعة لا تكون إلا فى العدة فيكون الطلاق بائنا غير رجعى .

وأما بعد الخلوة الصحيحة التى لم يحدث فيها اتصال جنسى فيقع الطلاق بائنا وإن وجبت العدة لأن وجوب العدة إنما هو للاحتياط لثبوت النسب . والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط بل الاحتياط يقتضى الحكم بعدم صحة الرجعة .

٢ ـ **الطلاق على مال** : إذا خالع الرجل امرأته أو طلقها على مال لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندهم وكان طلاقا بائناً لأن المقصود أن تملك المرأة أمرها وتمنع الزوج من مراجعتها ولا يتحقق هدفها إلا بالطلاق البائن .

٣ ـ الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب من الأسباب كالطلاق بسبب عيب فى الزوج أو للشقاق بين الزوجين ... الخ .

لأن التجاء الزوجة إلى القاضى لا يكون إلا لدفع الضرر عنها وحسم الزواج ولايتحقق المقصود إلا بالطلاق البائن .

أحوال الطلاق البائن بينونة كبرى :

١ ـ ما كان مكملاً للثلاث بأن طلقها مرتين ثم طلقها المرة الثالثة .

٢ ـ أو مقترناً بعدد الثلاث مثل : أنت طالق ثلاثاً ، أو مكرراً ثلاث مرات في مجلس واحد أو في مجالس متعددة بأن يقول لها : أنت طالق . أنت طالق . فيقع ثلاثا إلا إذا قصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة فلا يقع إلا طلقة واحدة

أما ما يجرى عليه العمل الآن أخذا من القانون رقم / ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م فهو أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما يأتي فيكون بائناً :

١ ـ الطلاق قبل الدخول .

٢ ـ الطلاق في مقابلة عوض من جهة المرأة .

٣ ـ إن كان مكملاً للثلاث .

٤ ـ الطلاق للعيب .

٥ ـ الطلاق للحبس .

٦ ـ الطلاق لضرر الغيبة .

٧ – الطلاق للضرر بسبب الأذى بالقول أو بالفعل بما لا يليق بأمثال الزوج والزوجة .

٨ ـ الطلاق بسبب الشقاق بين الزوجين .

أما الطلاق بسبب الإيلاء فالظاهر أن هذا الطلاق يقع رجعيا لأن القانون قد اعتمد على مذهب الشافعي ومالك كما تنص على ذلك المذكرة التفسيرية وهذان يريان أن طلاق الإيلاء رجعي .

الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي والبائن بنوعيه :

الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي هي :

١ ـ نقص عدد الطلقات : يترتب على الطلاق أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج . فإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً بقي له طلقتان وإذا طلق طلاقاً آخر بقي له طلقة واحدة .

٢ ـ انتهاء رابطة الزوجية بإنتهاء العدة : فإذا طلق الرجل طلاقاً رجعيا وانقضت العدة من غير مراجعة بانت منه بانقضاء العدة وحينئذ يحل مؤخر الصداق .

٣ ـ إمكان المراجعة فى العدة : يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقا وكذلك بالفعل (على خلاف بين الفقهاء فى ذلك) مادامت فى العدة فإذا انقضت العدة بانت منه فلم يملك رجعتها إلا بإذنها .

٤ ـ المرأة الرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء واللعان ويرث أحدها صاحبة بالاتفاق . ويصح مخالعتها على خلاف بين الفقهاء فى ذلك .

٥ ـ حرمة الاستمتاع : فقيل تحرم على المطلق لأنها مفارقة كالبائن ولأن النكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق لأنه ضده .

وقيل الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء والاستمتاع لأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا الحل مادامت فى العدة ، والمقصود بالملك حل الاستمتاع وسائر حقوق الزواج ، والمقصود بالحل بقاء المطلقة حلالاً لمن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم .

الآثار المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى :

يظهر أثر الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يأتى بالاتفاق :

١ ـ زوال الملك لا يحل بمجرد الطلاق : فيحرم الاستمتاع مطلقاً والخلوة بعده ساعة الطلاق ولا يحق مراجعة المرأة إلا بعقد جديد ولكن يبقى الحل سواء فى العدة أم بعدها بعقد جديد .

٢ ـ نقص عدد الطلقات التى يملكا الزوج كالطلاق الرجعى .

٣ – يحل بمجرد الطلاق الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين : الموت أو الطلاق

٤ ـ منع التوارث بين الزوجين : فإذا مات أحدهما أثناء العدة لا يرثه الآخر لأن الطلاق البائن ينهى الزوجية بمجرد صدوره إلا إذا كان الطلاق فى

مرض الموت وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث عند الجمهور عدا الشافعية ترثه إن مات فى العدة .

الآثار المترتبة على وقوع الطلاق البائن بينونة كبرى :

١ ـ هذا يزيل الملك والحل معاً ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وما يتبعها .

٢ ـ تحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤقتا ولا يحل له حتى تتزوج بآخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه . فإن حصل ذلك حل له العودة إليها بعقد جديد لقوله تعالى « **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** » (١) .

٣ ـ يحل له الصداق المؤجل إلى الطلاق أو الوفاة .

٤ ـ ويمنع التوارث بين الزوجين (٢) .

٢٣ ـ أنواع الطلاق من حيث الصيغة ووقوع الأثر الناتج عنه :

وينقسم الطلاق باعتبار صيغته وترتيب آثاره إلى :

منجز – ومضاف – ومعلق

١ ـ **المنجز** : وهو ما خلت صيغته من الإضافة والتعليق كأن يقول الرجل لامرأته أنت طالق .

وحكمه : أنه إن صدر من أهله وأضيف إلى محله وقع وترتبت الآثار الشرعية عليه .

٢ ـ المضاف : وهو الذى صيغته تفيد إنشاء التصرف فى الحال ومؤخر

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٢) انظر فى كل ذلك مغنى المحتاج ج٣ ص٢٤٠ – الدر المختار ج٢ ص٦٤٥ – المغنى ج٧ ص٢٧٩ – القوانين الفقهية ص٢٢٦

الأحكام إلى زمن المستقبل كأن يقول الرجل لامراته : أنت طالق غداً وهذا المضاف لا يقع فى الحال بل يقع الوقت الذى أضيف إليه بشرط أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق فى الحال وأن تكون الزوجة صالحة لأن يقع عليها الطلاق فى ذلك الزمن الذى أضيف إليه .

٢٤ ـ الطلاق المعلق :

هو ما رتب وقوعه على حصول أمر فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط أى التعليق مثل إن وإذا ومتى ونحو ذلك .

كأن يقول الرجل لزوجتة إذا دخلت دار فلان فأنت طالق أو متى كلمت فلاناً فأنت طالق ويسمى يميناً مجازاً لأن التعليق فى الحقيقة إنما هو شرط وجزاء فإطلاق اليمين عليه مجاز لما فيه من نفى السببية ولمشاركته الحلف فى المعنى المشهور وهو الحس أو المنع أو تأكيد الخبر .

أنواعه :

وهو نوعان لفظى ومعنوى :

التعليق اللفظى : هو الذى تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثل إن وإذا .

العليق المعنوى : وهو الذى لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة بل تكون موجود من حيث المعنى كقول الزوج : علىّ الطلاق لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا .

ويشترط لصحة التعليق أن يكون الشرط المعلق عليه يحتمل الوجود وعدمه فلو كان موجود كان طلاقا منجزا مثل إن خرجت أمس فأنت طالق ، وقد خرجت فعلاً فتطلق فى الحال .

وإن كان المعلق عليه أمراً مستحيلا عادة كالطيران وصعود السماء مثل إن صعدت السماء فأنت طالق ، ومنه التعليق بمشيئة اللّه كأن يقول : أنت طالق إن شاء اللّه . فلا يقع لأن التعليق لا يصح واليمين لغو .

وهذا ما عليه الجمهور وهو دقيق لكن الحنابلة يرون الوقوع فى هذه الحالة لأن ما لا يمكن الاطلاع عليه يكون منجزاً ويقع فى الحال وسقط حكم تعليقه

حكم الطلاق المعلق :

وللفقهاء في مسألة الطلاق المعلق ثلاثة أقوال :

إن علق الزوج طلاق زوجته على أمر فى المستقبل ويوجد المعلق عليه كأن يقول لها إن دخلت الدار فأنت طالق أو إن قدم أبوك من سفره فأنت طالق فما الحكم ؟ .

قال فقهاء المذاهب الأربعة يقع الطلاق المعلق فى وجود المعلق عليه سواء أكان فعلاً لأحد الزوجين أم كان أمراً سماوياً وسواء أكان التعليق قسمياً وهو الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر .

واستدلوا على ذلك بإطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق وتفويض الأمر فيه إلى الزوج كقوله تعالى « **الطلاق مرتان** »

فهى لم تفرق بين منجز ومعلق ولم تقيد وقوعه بشيء والمطلق يعمل به على إطلاقه فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسيما يشاء منجزا أو مضافا أو معلقا .

كما استدلوا بالسنة بأحاديث كثيرة منها :

قول رسول الله ﷺ " المسلمون على شروطهم " وبوقائع كثيرة حدثت فى عصر النبى والصحابه منها ما أخرجه البخارى عن ابن عمر قال (طلق رجل امرأته البته إن خرجت) فقال ابن عمر إن خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشيء فكل هذا وغيره مما استدلوا به يدل على وقوع الطلاق المعلق عند حدوث الشرط المعلق عليه .

كما استدلوا بالمعقول على مدعاهم بقولهم قد تدعوا الحاجة إلى تعليق الطلاق كما تدعوا إلى تنجيزه زجرا للمرأة فإن خالفت كانت هى الجانية على نفسها .

القول الثاني : وهو للظاهرية والشيعة الإمامية : اليمين بالطلاق أو الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه لا يقع أصلا سواء أكان على وجه اليمين وهو ما قصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر أو لم يكن على وجه اليمين وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

واستدلوا على قولهم بأن : تعليق الطلاق يمين واليمين بغير الله تعالى لا تجوز لقوله ﷺ " من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله " ثم قالوا : ولا طلاق إلا ما أمر الله ولا يمين إلا كما أمر الله على لسان رسوله .

واليمين بالطلاق ليس مما سماه الله تعالى يمينا والله تعالى يقول « **ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه** » .

ولم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق المعلق .

كما استدلوا بما رواه ابن حزم وابن القيم عن على وشريح أنهم كانوا يقولون : (الحلف بالطلاق ليس بشيء)

واستدلوا كذلك بأن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه دون تقيد بشرط أو صفة لا يقع بعدئذ .

كمااستدلوا بقياس الطلاق على النكاح فكما لا يصح تعليق النكاح لا يصح تعليق الطلاق .

ويرد على هؤلاء :

بأن ما استدلوا به من أن تسمية الطلاق المعلق يميناً إنما هو على سبيل المجاز من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى وهو الحث على الفعل أو المنع أو تأكيد الخبر فلا يكون الحديث المذكور متناولاً الطلاق المعلق .

ثم إن السنة وردت بوقوع الطلاق المعلق .

كما يرد على قولهم بما روى عن أبن حزم وابن القيم عن على وشريح أنهم كانوا يقولون : (الحلف بالطلاق ليس بشيء) بأن المروى عن على فى حال الاضطهاد والمروى عن شريح فى حالة عدم وقوع الأمر المعلق عليه والمروى

عن طاووس مؤل بأنه ليس شيئا مستقيما فى السنة بمعنى لا ينبغى أن يحصل .

كما يرد سالفا : على ما قالوه بأن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه دون تقيد بشرط أو صفة لا يقع بعدئذ بأن المعلق ليس موقعا للطلاق حين التلفظ وإنما عند تحقق الشرط .

كما رد على القياس : بأنه قياس مع الفارق لأن تعليق النكاح مناف للمقصود منه أما الطلاق فإنه لا ينافيه .

القول الثالث : وهو لابن تيمية وابن القيم قالوا : إن كان التعليق قسميا أو على وجه اليمين ووجد المعلق عليه لا يقع ويجزيه عند ابن تيمية كفارة يمين وإن حنث فى يمينه ولا كفارة عليه عند ابن القيم وأما إن كان التعليق شرطيا أو على غير وجه اليمين فيقع الطلاق عند حصول الشرط واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الطلاق المعلق القسمى إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع أو تأكيد الخبر كان فى معنى اليمين فيكون داخلا فى أحكام اليميم .

كقوله تعالى « **ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم** » وإن لم تكن يمينا شرعية كانت لغوا .

ورد على ذلك : بأن الطلاق المعلق لا يسمى يمينا شرعا ولا لغة وإنما هو على سبيل المجاز لمشابهة اليمين الشرعية فى إفادة الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر فلا يكون له حكم اليمين الحقيقى وهو الحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته بل له حكم أخر وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

كما استدلوا ثانيا : بأن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس أفتوا ليلى بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما حلفت بالعتق فقالت : كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدى وهى يهودية وهى نصرانية إن لم يطلق مولاها أبو

رافع امرأته أو يفرق بينه وبينها ، فيكون الحلف بالطلاق مثله وهو أولى .

ورد عليها : بأن الآثار المروية عن الصحابة فى الاعتداد بالتعليق أقوى من هذا لأن رواتها من رجال الصحيح .

كما استدلوا ثالثا : بما رواه البخارى عن ابن عباس ﷺ (الطلاق عن وتر والعتق ما ابتغى به وجه الله) أى أن الطلاق إنما يقع ممن غرضه إيقاعه لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره .

ورد على ذلك : بأن نفى الوتر ليس هو كما ذكرتم بل معناه لا ينبغى للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز .

والقول الثالث : هو ما جرى عليه العمل فى القضاء فقد جاء فى المادة الثانية من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير) ومفهوم ذلك أنه إذا لم يقصد به الحمل على فعل شىء أو تركه يقع إذا حصل المعلق عليه .

هذا ما أوضحته المذكرة التفسيرية لهذا القانون حيث قالت فى شرح هذه المادة إن الطلاق ينقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وإلى مضاف كأنت طالق غداً وإلى يمين مثل : علىّ الطلاق لا أفعل كذا وإلى معلق مثل : إن فعلت كذا فأنت طالق .

والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وتر له فيه كان فى معنى اليمين بالطلاق .

وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين .

وبهذا نرى أن تطبيق هذه المادة يرجع فيه إلى قصد المتكلم وتفسير قصده مرجعة فيه إليه إن لم تكن هناك قرينة حالة مشاهدة .

وعلى ضوء ما سبق ذكره يصبح المعمول به قانوناً أخذاً من المذكرة

الإيضاحية للمادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م :

١ - يقع الطلاق فى الحال إذا كانت الصيغة منجزة .

٢ - يقع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل عند مجىء ذلك الزمن .

٣ - إذا قصد بالحلف بالطلاق تقوية العزم على فعل شىء أو تركه مثل علىّ الطلاق لأسافرن غداً أو على الطلاق لا أشرب الخمر لا يقع الطلاق .

٤ - الطلاق المعلق إن كان لا يقصد به وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه يقع به الطلاق عند حصول المعلق عليه .

فإذا قال الرجل لامرأته : إن ولدت أنثى فأنت طالق فولدت أنثى وقع الطلاق لأن هذا الطلاق لا يقصد به التخويف ولا الحمل على فعل شىء أوتركه .

وإن قال لزوجته : إن لم تعتنى بتربية أولادك فأنت طالق فإن قصد بذلك تخويفها لا يقع الطلاق ، وإن قصد حل الزوجية وقع الطلاق (١) .

٢٥ - **تقسيم الطلاق إلى سنى وبدعى**

الطلاق من حيث الموافقة للسنة وعدمها ينقسم إلى سنى وبدعى .

والمراد بالسنى : ما وافق السنة فى طريقة إيقاعه وأذن الشارع فيه .

والبدعى : هو ما خالف السنة .

والأصل فى هذا التقسيم : قوله تعالى « **يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** » قال ابن مسعود وابن عباس طاهرات من غير جماع .

---

(١) راجع الطلاق المعلق فى : فتح القدير ج٤ ص٧٦ - القوانين الفقهية ص٢٣١ - مغنى المحتاج ج٣ ص٢١٤ - المغنى ج٧ ص١٧٨ - المحلى ج١٠ ص٢٥٨ ن م١٩٦٩م - المختصر النافع من فقه الإمامية ص٢٢٢ - إعلام الموقعين ج٣ ص٦٦ - مذكرة فى مقارنة المذاهب للمرحوم الشيخ شلتوت والسايس ص١٠٨ - الفقه الإسلامى وأدلته للعلامة وهبة الزحيلى ج٧ ص٤٤٧ .

وحديث ابن عمر المتقدم لما طلق امرأته وهى حائض فقال النبى - ﷺ - لعمر " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ثم إن شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس " .

وقد اختلف الفقهاء فى بعض الأحوال كل من السنى والبدعى على النحو الآتى :

وقد قسم الحنفية الطلاق إلى سنى وبدعى وقسموا السنى إلى حسن وأحسن .

فالأحسن عندهم : أن يوقع المطلق على زوجته طلقة واحدة رجعية فى طهر لم يجامعها فيه ولا فى حيض ولا نفاس قبله ولم يطأها غيره فيه بشبهه أيضا .

وأما الحسن : فأن يطلقها واحدة رجعية فى طهر لم يجامعها فيه ولا فى حيض ولا فى نفاس قبله ثم يطلقها طلقتين أخريين فى طهرين آخرين دون وطء . هذا إن كانت من أهل الحيض وإلا طلقها ثلاثة مرات فى ثلاث أشهر كمن بلغت بالسن ولم ترى الحيض .

وطلاق البدعة : أن يطلقها ثلاثا أو اثنتين بكلمة واحدة أو يطلقها ثلاثا فى طهر واحد لأن الأصل فى الطلاق الحظر لما فيه من قطع الزوج . الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية و الإباحة إنما هى للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع فى الثلاث أو فى طهر واحد لأن الحاجة تندفع بالواحدة وتمام الخلاص فى المفرق على الأطهار والزيادة إسراف فكان بدعة فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت المرأة منه وكان آثما عاصيا والطلاق مكروه تحريما لأن الخطر أو النهى لمعنى فى الطلاق وهو فوات مصالح الدين والدنيا لذا توجب رجعة المطلقة فى الحيض والنفاس على الأصح رفعا للمعصية وللأثر السابق (مره فليراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء أو أمسكها) .

وقسم جمهور الفقهاء الطلاق من حيث وصفه الشرعي إلى سني وبدعي ، ولم يذكروا للسني تقسيما فهو عندهم قسم واحد خلافا للحنيفة إلا أن بعض الشافعية قسموا الطلاق إلى سني وبدعي وما ليس سنيا ولا بدعيا وهو المرجح عندهم .

والسني عند الجمهور هو ما يشمل الحسن عند الحنفية معا والبدعي عندهم ما يقابل البدعي عند الحنفية إلا أنهم خالفوهم في أمور أهمها :

أن الطلاق الثلاث في ثلاث حيضات سني عند الحنفية وهو بدعي عند الجمهور وكذلك الطلاق ثلاثا في طهر واحد لم يصبها فيه فإنه سني عند الشافعية أيضا وهو رواية عند الحنابلة وقال المالكية إنه محرم .

هذا ، والمدار على معرفة السني البدعي من الطلاق القرآن والسنة :

أما القرآن الكريم ، فقوله تعالى : « **ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** » وقد فسر ابن مسعود رضي الله عنه ذلك بأن يطلقها في طهر لا جماع فيه ومثله عن ابن عباس رضي الله عنهما .

أما السنة : فما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امراته وهي حائض فسأل عمر - ﷺ - عن ذلك فقال له رسول الله - ﷺ - " مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس . فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء " وما ورد عن عبد الله ابن مسعود - ﷺ - قال : طلاق السنة تطليقة وهي طاهرة في غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة (١) .

---

(١) انظر الموسوعة الكويتية ج٢٨ ص٣٥ - القوانين الفقهية ص٢٢٥ - المهذب ج٢ ص٧٩ - مغني المحتاج ج٣ ص٢٠٧ - المغني ج٧ ص٩٨ .

والمعنى العام فى السنى والبدعى أن السنى يمنع الندم ويقصر العدة على المرأة فيقل تضررها من الطلاق .

حكم الطلاق البدعى من حيث وقوعه :

اتفق جمهور الفقهاء على وقوع الطلاق البدعى مع الإثم لمخالفة السنة ولما رواه ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فأمره - ﷺ - أن يراجعها ولا رجعة إلا حيث يكون الطلاق واقعا .

والراجح فى نظرى الرأى القائل بعدم الوقوع لقوة دليله وأما الحديث المروى عن ابن عمر فقد اضطربت رواياته ، فقد جاء فى بعضها (فردها على ولم يرها شيئا) .

وهذه الرواية صريحة فى عدم الوقوع فى حين يرى ابن حزم وابن تيمية وابن القيم والشيعة الإمامية أن البدعى من الطلاق لا يقع محتجين بما روى من أن ابن عمر سئل فى رجل طلق امراته وهى حائض فقال (لا تقيد به) وأن عبد اللّه بن مسعود كان يقول (من أتى الأمر على وجهه فقد بين اللّه له وإلا فو اللّه ما لنا طاقة لكل ما تحدثون) كما استدلوا بما روى عنه - ﷺ - " كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد " والطلاق فى الحيض ليس موافقا للشرع فيرد على صاحبه ولا يترتب عليه أثر .

٢٦ - الطلاق الثلاث بلفظ واحد

حكمه : اتفق الفقهاء على أن الطلاق السنى المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقا الواحد بعد الآخر لا لإيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة لظاهر قوله تعالى « **الطلاق مرتان** » . أى أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة فى طهر واحد يكون بدعيا ومحظورا عند الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم .

ولا يحرم ولا يكره عند الشافعية والحنابلة فى الراجح عندهم وعند أبى ثور وداود الظاهرى وإنما يكون تاركا للفضيلة .

ويؤيد الرأى الأول : ما رواه النسائى عن محمود بن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله - ﷺ - عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال : (أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله) (١) .

ويؤكده ما سبق ذكره أن الأصل فى الطلاق الحظر ولكنه أبيح للحاجة الاستثنائية لتنافر الطباع وتباين الأخلاق أو لغيرها من الأسباب وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة . ويتمكن بعدها من مراجعة زوجته عند الندم وهو الغالب .

ما الذى يترتب على هذا ؟

ويترتب على ذلك . أى إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا بكلمة واحدة أو بكلمات فى طهر واحد يكون آثما مستحقا لعقوبة يراها القاضى .

لكن هل يقع الطلاق ثلاثا ؟ هذا ما اختلف فيه الفقهاء .

أقوال الفقهاء فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

بأن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا :

١ - فقال الجمهور ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة المشهورة والظاهرية وهو رأى أكثر الصحابة والتابعين : يقع به ثلاث تطليقات .

٢ - وقال الشيعة الإمامية : لا يقع به شىء .

٣ - وقال الزيدية وابن إسحاق وابن تيمية وابن القيم : يقع به واحدة .

وقد استدل الذين يذهبون إلى عدم الوقوع : قالوا بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاق بدعى لأنه مخالف لطلاق السنة . وكل ما كان كذلك ينبغى رده

---

(١) قال ابن كثير : إسناده جيد . وقال الحافظ ابن حجر فى بلوغ المرام : رواته ثقات - نيل الأوطار جـ٦ ص٢٢٧ .

على صاحبه فلا يترتب عليه أثره . عملا بقوله ﷺ : (كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد) .

وأما ما استدل به الزيدية وابن تيمية وابن القيم الذين يقولون بوقوع طلقة واحدة فهو :ـ

قوله تعالى « **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » إلى قوله تعالى « **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** » .

فالله تعالى لم يفرق بين أن تكون الثلاث التي لا تحل الزوجة بعدها كل واحد طلقة واحدة . أو ثلاث طلقات بلفظ واحد . وعلى ذلك فالطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر كالطلاق المنفرد بلفظ واحد وهذا الأخير يقع به واحدة فالأول كذلك .

ويرد على ذلك : بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع أو المباح وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقا . فيكون المرجع إلى السنة ، والسنة بينت أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثا .

ومما جاء في السنة في قصة ابن عمر الذي طلق امرأته في أثناء الحيض أنه قال : (يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها قال ﷺ : لا كانت تبن منك وتكون معصية) . رواه الدار قطني لكن في إسناده ضعف (١) .

كما استدلوا بحديث ابن عباس قال :

(كان الطلاق على عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب :

إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه

---

(١) نيل الأوطار ج٦ ص٢٢٧ .

عليهم ، فأمضاه عليهم) رواه أحمد ومسلم عن طاووس عن ابن عباس (١)

فهو واضح الدلالة على جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة وعلى أنه لم ينسخ لاستمرار العمل به فى عهد أبى بكر وسنتين من خلافة عمر . ولأن عمر أمضاه من باب المصلحة الشرعية .

وأجيب عن ذلك :

بأنه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق ثلاث مرات بأن يقول " أنت طالق . طالق . طالق " فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد .

وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع . فكان الناس على عهد رسول الله وأبى بكر على صدقهم وسلامتهم وقصدهم فى الغالب الفضيلة ، لم يظهر فيهم غش ولا خداع وكانوا يصدقون فى إرادة التوكيد . فلما رأى عمر فى زمانه أمورا ظهرت وأحوالا تغيرت وفشا إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحمل التأويل .

الزمهم الثلاث فى صورة التكرير إذ صار الغالب عليهم قصدها . وقد أشار إليه بقوله " إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة " .

كما استدلوا أيضا بحديث ابن عباس عن ركانه : " أنه طلق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبى ﷺ كيف طلقتها ؟ فقال ثلاثا فى مجلس واحد فقال له ﷺ : إنما تلك واحدة فارتجعها " .

أخرجه أحمد وأبى ليلى وصححه (٢) .

---

(١) نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٠ .

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٢٢ .

وأجيب عن ذلك :

إن فى إسناده محمد بن إسحاق . ورد بأنهم قد احتجوا فى غير واحد من الأحكام بمثل هذا الإسناد .

كما انه اعترض أيضا بأنه معارض بفتوى ابن عباس فإنه كان يفتى فى مسألة عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثا .

ورد بأن : المعتبر روايته لا رأيه .

أما الجمهور ومن وافقهم وهم الذين قالوا بوقوع الطلاق ثلاثا فقد استدلوا بعدة أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والآثار والقياس .

أما الأدلة من الكتاب :

أختار منها قوله « **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » . فهو يدل على وقوع الثلاث معا مع كونه منهيا عنه ؛ لأن قوله تعالى :

« **الطلاق مرتان** » تنبيه إلى أن الحكمة من التفريق ليتمكن من المراجعة . فإذا خالف الرجل الحكمة وطلق اثنتين معا صح وقوعهما إذ لا تفريق بينهما ثم إن قوله تعالى « **فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجا غيره** » يدل على تحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنين ولم يفرق بين إيقاعهما فى طهر واحد أو أطهار .

أما السنة :

فمنها : أن النبى ﷺ لما أخبر برجل طلق امرأته ثلاثا جمعا قام غضبان وقال ﷺ : " أهكذا يلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل وقال : يا رسول الله ألا أقتله " .

فهذا الحديث يدل من ناحية الغضب على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثا إذ لو لم يقع به شىء أو يقع به واحدة لم يكن هناك ما يدعو إلى غضب الرسول لأن الزوجية حينئذ لا تنتهى فللرجل أن يعيد معاشرة زوجته دون احتياج إلى الرجعة إن لم يقع به شىء وبالرجعة إن كان الواقع طلقة واحدة

وكما يدل من ناحية الغضب على الوقوع ثلاثا يدل من ناحية عدم أمر الرسول بالمراجعة على الوقوع ثلاثا إذ لو كان للزوج المراجعة فى الحالة لأمره الرسول ﷺ بالمراجعة كما أمر عبد اللّه بن عمر حين طلق امرأته فى حال الحيض تطليقة واحدة .

وأجيب بأنه مرسل لأن راوى الحديث وهو محمود بن لبيد لم يثبت له السماع من رسول اللّه ﷺ وإن كانت ولادته فى عهده عليه السلام .

وهذا مردود لأن مرسل الصحابى مقبول .

كما استدلوا بحديث ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبى ﷺ وقال : واللّه ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول اللّه ﷺ .

وهو من أصرح الأدلة وأوضحها على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد لقول ركانه واستحلاف النبى ﷺ له على أنه لم يرد بلفظ (البتة) إلا واحدة فهو يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت .

ونوقش هذا بأنه : ضعف الإمام أحمد جميع طرقة وكذلك ضعفه البخارى وإن كانت قصة ركانة أنه طلقها البتة لا ثلاثا .

كما استدل الجمهور ومن معه بالاجماع :

قال : فقد أجمع السلف على وقوع الطلاق بلفظ واحد ثلاثا .

وأجيب على هذا بأنه : لم يثبت الإجماع . فقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه يجعل الثلاث واحدة ، وبأن طاووس وعطاء قالا : " إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فهى واحدة " .

الآثار :

نقل عن كثير من الصحابة والتابعين أنهم أوقعوا الطلاق الثلاث ثلاثا .

فقد روى مالك فى الموطأ : " أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال إنى طلقت أمراتى ثمانى تطليقات ، فقال : ما قبل لك . فقال : قيل لى بانت منك .

قال : هو مثل ما يقولون " .

وقد روى مثل ذلك عن ابن عباس وعثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وثبت مثله عن صحابة آخرين وعن التابعين ومن بعدهم .

وأما القياس :

فقد قال ابن قدامه : " إن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الأملاك " .

وناقشه ابن القيم بأن المطلق إذا جمع ما أمر بتفريقه فقد تعدى حدود الله وخالف ما شرعه (١) .

والذى أراه وأميل إليه نظرا لقوة الأدلة هو مذهب الجمهور القائل بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

لكن إذا رأى الحاكم ترجيح رأى صار هو الحكم الأقوى فإن صدرت فتوى أو قانون بغير مذهب الجمهور يجب اعتماده والإفتاء به تيسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية حماية لمصلحة الأولاد .

هذا وقد كان العمل جاريا فى المحاكم على وقوع الثلاث بلفظ واحد ثلاثا إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م فجرت المحاكم على وقوع الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة فقد جاء فى المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م : (الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة) .

---

(١) انظر المراجع الآتية : المغنى لابن قدامة ج٧ ص١٠٥ - فتح القدير ج٣ ص٢٥ - بداية المجتهد ج٢ ص٦٠ - مغنى المحتاج ج٣ ص٣١١ - المحلى ج١٠ ص٤٩ .

وقوله تعالى « **والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء** » (١) ، وقوله تعالى « **واللائى يئس من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** » (٢) .

أما السنة : فقد وردت روايات متعددة تؤكد هذا المعنى منها :

١ - ما ورد عن عائشة رضى الله عنها قالت : (أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيضات) أخرجه ابن ماجه .

٢ - ما ورد أنه قال لفاطمة بنت قيس : (اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم) أخرجه مسلم .

٣ - ما ورد عن أم عطية رضى الله عنها أن رسول الله قال : (لا تحدامرأة على ميت فوق ثلاث إلا زوج أربعة أشهر وعشراً) أخرجه مسلم .

فأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة من لدن حياته ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعية العدة ووجوبها .

٣٣ - سبب وجوب العدة :

أ - تجب العدة على المرأة فى الفرقة بين الزوجين بعد الدخول بسبب الطلاق أو الموت أو الفسخ أو اللعان كما تجب بالموت قبل الدخول وبعد عقد النكاح الصحيح .

ب - عدة المخلو بها : اختلف الفقهاء فى وجوب العدة بها ، فقال الشافعية إن العدة لا تجب بالخلوة المجردة عن الوطء ويرى غيرهم من الحنفية والمالكية والحنابلة : أن العدة تجب على المطلقة بالخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلا تجب فى الفاسدة إلا بالدخول (٣) .

---

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة الطلاق آية ٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج٣ ص ١٩٠ .

٣٤ ـ لماذا شرعت العدة :

شرعت العدة لمعان وحكم اعتبرها الشارع منها :

العلم ببراءة الحم . وأن لا يجمع ماء الواطئين فأكثر فى رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد (١) .

وتعظيم خطر الزواج ورفع قدره وإظهار شرفه .

وتطويل زمان الرجعة للمطلق لعله يندم ويفئ فيصادف زمن يتمكن فيه من الرجعة (٢) .

والاحتياط لحق الزوج ومصلحة الزوجة وحق الولد (٣) .

ومنها كذلك قضاء حق الزوج وإظهار تأثيره فقده فى المنع من التزين والتجمل ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد (٤)

٣٥ ـ أنواع العدة :

ذهب الفقهاء إلى أن أنواع العدد فى الشرع ثلاثة :ـ

أ ـ عدة القروء .　　　　ب ـ عدة الأشهر .

ج ـ عدة وضع الحمل .

أولا : العدة بالقروء :

والقرء لغة بفتح القاف والضم ويطلق على الطهر والحيض (٥) .

واصطلاحا : اختلف فيه على قولين :

الأول وهو لكثير من الفقهاء : أن المراد بالأقراء فى العدة . الأطهار ،

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٤ .
(٢) المغنى لأبن قدامه ج ٧ ص ٤٤٨ .
(٣) الدسوقى ج ٢ ص ٤٦٩ .
(٤) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٥ .
(٥) المصباح المنير .

زواج التحليل

سلف لك القول أن المرأة المطلقة ثلاثا سواء أكان ذلك مفرقا أو فى جملة واحدة لا تحل لزوجها الأول إلا بعد شروط معينة ، منها : زواجها من آخر وفراقها منه بموت أو طلاق . ثم إذا رغبا فى استئناف العلاقة الزوجية أى العودة لزوجها جاز لها ذلك وقد أشارت إلى ذلك الآية الكريمة :

« فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

ولابد للنكاح الثانى من أن يكون صحيحا لأنه لو كان فاسدا ودخل بها تحل للأول . لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » وإطلاق النكاح يقتضى الصحيح .

وأن يطأ الزوج الثانى فى الفرج فلو كان غير ذلك لا تحل لزوجها الأول .

لأن النبى ﷺ علق الحل على ذوق العسيلة منهما فقال لامرأة رفاعة القرظى « أتريدن أن ترجعى إلى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك رواه الجماعة عن عائشة (١) ولا يحصل هذا إلا بالوطء بالفرج .

أى التقاء الختانين سواء حدث إنزال أم لا . وقيل شرط الإنزال .

نكاح المحلل :

اتفق الفقهاء أن الزواج بالمطلقة ثلاثا بشرط صريح فى العقد على أن يحلها لزوجها الأول لا يجوز وهو حرام عند الجمهور لقول ابن مسعود (لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له) . ولقوله ﷺ " ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل لعن الله المحلل وامحلل له " والنهى يدل على فساد المنهى عنه .

---

(١) نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٢ .

وهذا هو النكاح المحلل . وهو أن يتزوج الرجل امرأة على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها ليحلها للزوج الأول .

وحكم هذا النكاح اختلف فيه الفقهاء :

فقال الجمهور : إنه فاسد للأحاديث السابقة ولأن النكاح بشرط الإحلال فى معنى النكاح المؤقت .

وشرط التوقيت فى النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل . وقال أبو حنيفة وزفر : هذا النكاح صحيح مكروه تحريما . فإن وطئها الثانى حلت للأول بعد أن يطلقها وتنقضى عدتها . لأن شرط التحليل شرط فاسد والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة فيلغو الشرط ويصح العقد لإطلاق آية حتى تنكح زوجا غيره دون تفرقة بين ما إذا شرط الإحلال أم لا .

لكن ماذا يكون الحكم لو تزوجها بقصد التحليل دون الشرط ؟

فقال الحنفية والشافعية والظاهرية والإمامية : لو تزوجها بقصد التحليل دون شرط فى العقد صح العقد وتحل المرأة بوطء الزوج الثانى للزوج الأول لأن مجرد النية فى المعاملات غير معتبر فوقع الزواج صحيحا لتوافر شرائط الصحة فى العقد وتحل للأول .

وقد ذهب المالكية والحنابلة : إلى بطلان العقد ولا تحل به المرأة لزوجها الأول عملا بمبدأ (سد الذرائع إلى الحرام) وإعمالا للنصوص السابقة (لعن الله المحلل والمحلل له) .

والرأى الأول دقيق لما رواه الحاكم والطبرانى فى الأوسط عن عمر ﷺ

(أنه جاء إليه رجل فسأل عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له عن غير رغبة ليحلها لأخيه هل تحل للأول ؟ قال : لا إلا بنكاح رغبة كنا نعد هذا

سفاحا على رسول الله ﷺ (١) .

٢٨ ـ مسألة الهدم

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا ثلاثا وبانت منه قلنا : إنها لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجا غيره فإن تم ذلك فعلا ، وأراد أن يستأنفا الحياة الزوجية مرة ثانية بعد أن ذاقا مرارة التجربة السابقة فهل تعود له ويكون له عليها ثلاث تطليقات جدد أم لا ؟ هذا ما سنجيب عليه .

فإذا تزوج المطلق مطلقته مرة ثانية وكما لا يكون إلا بعد أن تزوجت بغيره وطلاقه إياها أو موته وانقضاء عدتها منه فإنها تعود إلى زوجها الأول بحل جديد فيملك عليها ثلاث تطليقات . بمقتضى عقد الزواج الثانى . وهذا محل اتفاق .

لكن ماذا يكون الحكم لو تزوج مرة ثانية بما دون الثلاث ولو فى العدة أو بعد انتهاء العدة ولكن قبل أن تتزوج زوجا آخر أو بعد أن تزوجت آخر وقبل أن يدخل بها ، فإنها تعود إلى الزوج الأول بما بقى له من الطلقات بمقتضى الزواج الأول لأن الحل الثابت بالزواج الأول لا يزال قائما .

أما إذا طلقها دون الثلاث . فتزوجت بآخر بعد عدتها ودخل بها ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها منه .

---

(١) انظر البدائع ج٣ ص١٨٧ ـ الأحوال الشخصية للمرحوم / عمر عبد الله ص٤٢٥ ـ الأحوال الشخصية للدكتور / وهبه الزجيلى ٧ / ٤٧٦ ـ البدائع ج٣ ص١٨٧ ـ بداية المجتهد ج٢ ص٨٧ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٢٩٣ ـ المحلى ج١٠ ص٢٢٣ ـ نيل الأوطار ج٦ ص١٣٩ .

فذهب الجمهور إلى أنه : يملك عليها ما بقى له إلى الثلاث .
فإذا كان أبانها بواحدة ملك عليها اثنتين أخريين . وإن كان أبانها باثنتين ملك عليها ثالثة فقط .
وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه : يملك عليها ثلاثا وقد انهدم ما أبانها به سابقا . ومن هنا سميت هذه المسألة بمسألة الهدم (١) .

٢٩ - إثبات الطلاق

إذا دعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكره .
فذهبت المالكية : أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق .
وإن أتت بشاهد واحد حلف الزوج وبرىء . وإن لم يحلف حبس حتى يقر أو يحلف . وإن لم تأت بشاهد فلا شيء على الزوج وعليها منع نفسها منه بقدر جهدها .
وإن حلف بالطلاق وادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه ؛ وقال الحنابلة : إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان ؛ لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحدود والقصاص .
فإن لم تكن بينة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث : (اليمين على من أنكر) (٢) .

---

(١) انظر هذه المسألة في : الدر المختار ج٣ ص٤١٨ - الشرح الصغير ج١ ص٤٦٧ - مغني المحتاج ج٣ ص٢٩٣ - المغني ج٧ ص٤٤٣ .
(٢) انظر المغني ج٧ ص٢٥٩ - القوانين الفقهية ص٢٣١ - الأحوال الشخصية ج٧ ص٤٥٩ للدكتور / وهبه الزحيلي .

٣٠ – الإنابة فى الطلاق : (بالتوكيل أو التفويض)

الرجل كما يملك الطلاق بنفسه يملك إنابة غيره فيه . سواء أكان هذا الغير هو شخص أجنبى أو الزوجة . ويسمى الأول توكيلا والثانى تفويضا .

ما هو التفويض ؟

وقد قرر جمهور (١) الفقهاء أنه يجوز تفويض الطلاق للزوجة .

واستدلوا على ذلك بتخيير النبى - ﷺ - نساءه بين البقاء فى عصمته رغبة فى حب اللّه ورسوله والدار الآخرة وبين مفارقته رغبة فى الدنيا وزينتها إذ يقول سبحانه وتعالى « **يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ، وإن كنتن تردن اللّه ورسوله والدار الآخرة فإن اللّه أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما** » (٢) .

وكان ذلك لما طلبن منه - ﷺ - المزيد مما لا يقدر عليه من النفقات بحيث كان ذلك سببا فى هجر النبى - ﷺ - لهن شهرا .

تقول السيدة عائشة رضى اللّه عنها : خيرنا رسول اللّه - ﷺ - فاخترناه .

ومن ثم قال الفقهاء : لو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى .

فى حين يرى الظاهرية والإمامية فى الراجح عندهم ، إن تفويض الزوجة فى تطليق نفسها غير جائز ولا يعتد به شرعا لأن ما جعله الشرع بيد الرجل لا يجوز أن يرجع إلى يد المرأة يجعل جاعل (٣) .

---

(١) أحكام الأسرة للدكتور / عبد الفتاح أبو العينين ص٣٠٥ .

(٢) سورة الأحزاب - الآية ٢٨ ، ٢٩ .

(٣) المحلى ج٧ ص١١٦ .

وتفويض الزوج إلى زوجته الطلاق : عبارة عن أن يملكها تطليق نفسها منه ولكنه ليس تمليكا كسائر التمليكات ؛ لأن التفويض نوع من التصرفات وسط بين التمليك والتوكيل فليس تمليكا محضا ولا توكيلا محضا .

إذ التفويض يختلف عنهما فى أمور . ومما يختلف فيه التفويض عن التمليك الآتى :

أولا التفويض :

التفويض ، يتم بمجرد الإيجاب من المفوض لأن التفويض بالطلاق فى المعنى : تعليق الطلاق على مشيئة من فوض إليه . والتعليق يتم بمجرد الإيجاب بخلاف التمليك فإنه لا يتم إلا بمجموع الإيجاب والقبول ، كما فى الزواج والبيع وغيرهما من عقود التمليك .

ويتفرع على هذا :

أن المفوض ليس له حق الرجوع عن التفويض بعد الإيجاب ؛ لأن التفويض فى الواقع ونفس الأمر : تعليق الطلاق على مشيئتها بخلاف المملك فله أن يرجع عن إيجابه قبل قبول التصرف فى المجلس .

ثانيا : المفوض يملك التصرف فى الأمر الذى فوضه إلى الغير . فلو قال الزوج لزوجته : جعلت أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فله أن يطلقها بعد ذلك . وأما المملك فليس له أن يتصرف فيما يملكه الغير لانقطاع ملكه عنه . كما إذا باع الشخص شيئا من ماله لآخر وقبض الثمن . فليس له حق التصرف فى الشئ الذى باعه ، لانتهاء ملكه عنه .

ويختلف التفويض عن التوكيل فى الآتى :

أولا : أن الموكل يملك الرجوع عن التوكيل ، وعزل الوكيل متى شاء ، بخلاف المفوض فلا يملك الرجوع عن التفويض ولا عزل زوجته عن التفويض إليها بالطلاق على الخلاف فى ذلك بين الفقهاء .

ثانيا : التوكيل المطلق غير المقيد بزمن معين ولا عام فى جميع الأوقات لا يتقيد بالمجلس . فللوكيل : أن يتصرف فيما وكل فيه أثناء المجلس وبعده .

فلو وكل الزوج غيره فى تطليق زوجته . بأن قال له : " وكلتك فى أن تطلق زوجتى فلانة " فللوكيل : أن يطلقها فى مجلس الوكالة وبعده .

بخلاف التفويض : فإن الزوجة إذا فوض إليها زوجها أن تطلق نفسها تفويضا مطلقاً . كما إذا قال لها : " طلقى نفسك " اقتصر ذلك على مجلس التفويض ، فليس لها أن تطلق بعد انتهاء المجلس بالذهاب عنه باشتغالها بعمل آخر لا علاقة له بالتفويض لتبدل مجلس التفويض وانتهائه وكون التفويض المطلق مقيداً بالمجلس ثابت بإجماع الصحابة (١) .

وقت التفويض :

تفويض الزوج إلى زوجته أن تطلق نفسها منه :

١ ـ قد يكون مقترنا بعقد الزواج .

٢ ـ قد يكون بعد تمام العقد .

٣ ـ ويصح فى كل الأوقات بعد عقد الزواج الصحيح .

وفى صحة التفويض المقترن بالعقد التفصيل الآتى :

١ ـ إذا بدأ الزواج بالإيجاب : كما إذا قال لها : تزوجتك وجعلت عصمتك بيدك تطلقين نفسك متى شئت وكلما أردت . وقالت " قبلت " . صح الزواج ولم يصح التفويض فلا تكون العصمة بيدها وبالتالى فلا تملك أن تطلق نفسها ؛ لأن الزوج ملكها الطلاق قبل أن يملكه هو ؛ إذ الطلاق لا يملكه الزوج إلا بعد تمام عقد الزواج لكونه أثرا من آثاره .

---

(١) انظر أحكام الشريعة الإسلامية فى احوال الشخصية للمرحوم الشيخ . عمر عبدالله ص ٥٠٧ .

وعقد الزواج لا يتم بمجرد إيجابه وإنما يتم بمجموع الإيجاب والقبول وأثر الشىء لا يوجد إلا بعد وجود الشىء وتحققه . فقد ماك الزوج الطلاق قبل أن يملكه ومن لا يملك تصرفا من التصرفات لا يملكه للغير . لأن فاقد الشىء لا يعطيه ولا يملكه لغيره .

٢ ـ وإن كانت الزوجة هى البادئة بالإيجاب بأن قالت له : " زوجتك نفسى وجعلت عصمتى بيدى أطلق نفسى منك متى شئت " وقبل الزوج ، صح الزواج وتم التفويض . لأن قبوله ينصرف إلى الزواج أو لا فيتم الزواج . ثم إلى التفويض فيكون قد ملكها الطلاق بعد أن ملكه هو . ومن ملك شيئا فله أن يملكه لغيره .

صيغة التفويض :

تفويض الزوج إلى زوجته الطلاق : يصح بكل لفظ يدل على ذلك . وقد ذكر فقهاء الحنفية ثلاثة ألفاظ فى تفويض الطلاق إلى الزوجة وهى : " طلقى نفسك . اختارى نفسك . وأمرك بيدك " .

فالأول : من صريح الطلاق . فيثبت به التفويض من غير حاجة إلى نيته والثانى والثالث من كنايته . فلا يثبت بهما التفويض إلا بالنية .

ومهما كانت صيغة التفويض . فهو إما أن يكون مقترنا بمدة معينة أو بما يدل على التعميم فى جميع الأوقات أو مطلقا غير مقيد بشىء مما ذكر . فإن كان التفويض مقيداً بمدة معينة . كما إذا قال الرجل لامرأته : " لك أن تطلقى نفسك منى فى مدة شهر ابتداء من اليوم . " فلها أن تطلق نفسها تطليقة واحدة بموجب هذا التفويض خلال المدة الذكورة وليس لها أن تطلق نفسها بعد مضى المدة عملا بقصد المفوض وبما دل عليه كلامه صرحة إذ لو كان لها أن تطلق نفسها بعد انتهاء المدة التى عينها الزوج لما كان هناك معنى لتقييد التفويض بوقت معين .

ولو قال الزوج وزوجته غائبة عن مجلس التفويض : " جعلت لزوجتى أن تطلق نفسها فى مدة شهر من اليوم ." ومضت المدة بدون أن تعلم بالتفويض فليس لها أن تطلق نفسها منه بعد علمها بذلك لانقضاء مدة التفويض .

وإن كان التفويض مقترنا بما يدل على التعميم فى كل الأوقات كما إذا قال لها : " طلقى نفسك متى شئت " . فلها أن تطلق نفسها فى أى وقت تشاء وليس لها أن تكرر الطلاق إلا إذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار ، كأن يقول لها : " طلقى نفسك وكلما شئت " ففى هذه الحالة لها أن تكرر الطلاق فتطلق نفسها مرة بعد مرة .

وإن كان التفويض مطلقاً ، أى ليس مقيداً بزمن معين ولا مقترنا بما يدل على لتعميم ، فإن التفويض فى هذه الحالة يكون مقيدا بالمجلس ، فلها أن تطلق نفسها مادام المجلس لم يتبدل مهما طال المجلس وأما إذا تبدل بانصراف أحدهما له ، بالشروع فى عمل ليس له صلة بالتفويض ، فليس لها أن تطلق نفسها منه . وكون التفويض المطلق مقيد بالمجلس ثابت بإجماع الصحابة .

وإذا كانت الزوجة غائبة وقت صدور صيغة التفويض من الزوج فمجلس التفويض هو وقت علمها به .

نوع الطلاق بالتفويض :

والطلاق الذى يصدر من الزوجة بمقتضى تفويض الطلاق إليها لا يختلف عن الطلاق الذى يوقعه الزوج عليها . لأنها ملكت بالتفويض ما ملك الزوج من الطلقات فقد يكون تطليق نفسها منه رجعياً بالتفويض وقد يكون بائنا بينونة صغرى أو بائنا بينونة كبرى فإذا طلقت نفسها قبل الدخول بها فالطلاق بائن . وإذا طلقت نفسها بعد الدخول بها حقيقة فالطلاق رجعى ما لم يكن مكملاً للثلاث ، فإن كان فالطلاق بائن بينونة كبرى .

حق الزوج فى الطلاق مع التفويض :

التفويض بالرغم من أنه تمليك عند الحنفية . فهو يشبه التوكيل فيبقى للزوج حق إيقاع الطلاق . بعد أن يفوض إلى زوجته كما يحق للموكل التصرف فى الأمر الموكل فيه بعد التوكيل (١) .

حكم الوكيل بالطلاق :

الوكيل بالطلاق مقيد بالعمل برأى الموكل فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل . وللوكيل أن يطلق متى ما لم يقيده الموكل بزمن معين وللموكل أن يعزل الوكيل متى شاء .

لكن الوكيل بالطلاق مجرد سفير ومعبر عن الموكل كالوكيل فى الزواج مثلا فلا يطالب بشىء من حقوق الطلاق كدفع مؤخر المهر أو المتعة أو نفقة العدة وإنما يطالب بها الزوج نفسه .

ويرى المالكية أن الموكل لا يملك عزل الوكيل بالطلاق إذا تعلق حق الزوجة بتلك الوكالة كما إذا قال الرجل لزوجته : " إن تزوجت عليك فأمرك بيدك " . فليس له عزلها عن الوكالة لتعليق حقها بالتوكيل لأن رفع الضرر عنها قد تعلق بالتوكيل فليس له عزلها عنه .

هل التفويض لازم من جهة الزوج والزوجة ؟

قيل : إن التفويض لازم من جهة الزوج فلا يملك الرجوع عنه ولا تمنع المرأة مما جعل إليها ولا فسخه أنه ملكها الطلاق ، ومن ملك غيره شيئًا فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك إبطاله بالرجوع والمنع والفسخ .

ولأن التفويض تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة أو غيرها

---

(١) انظر البدائع ج٣ ص١١٣ ـ القوانين الفقهية ص٢٢٣ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٢٨٥ ـ المغنى ج٧ ص٢٢١ .

والتعليق يمين والأيمان بعد صدورها لا يمكن الرجوع فيها (١) .

وأما التفويض من جانب المرأة : فهو غير لازم فى حق المرأة فتملك رده صراحة أو دلالة ، لأن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها وبين أن تختار زوجها والتخيير ينافى اللزوم .

لكن ليس لها أن تختار إلا مرة واحدة لأن قول الرجل لها أمرك بيدك لا يقتضى التكرار إلا إذا قرن به ما يفيد التكرار بأن قال لها : " أمرك بيدك كلما شئت " فيصير الأمر بيدها فيما ذكر وغيره .

ولها أن تطلق نفسها فى كل مجلس تطليقه واحدة حتى تبين بثلاث لأن كلمة " كلما : تقتضى تكرار الأفعال فيقتضى تكرار التمليك عند تكرار المشيئة ، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها فى كل مجلس إلا تطليقة واحدة لأن تفويض الطلاق لها يقتضى حصره فى كل مجلس (٢) .

---

(١) البدائع ج٣ ص١١٢ .

(٢) انظر المراجع السابقة ـ والأحوال الشخصية ج٧ ص٤١٩ د. وهبة الزحيلى .

٣١ ـ العدة

والكلام عن العدة يجرى فى المسائل الآتية :

١ ـ تعريف العدة .

٢ ـ مشروعية العدة والدليل عليها .

٣ ـ سبب وجوب العدة .

٤ ـ لماذا شرعت العدة .

٥ ـ أنواع العدة .

٦ ـ تحول العدة وانتقالها .

٧ ـ ما يجب على المعتدة .

٣٢ ـ تعريف العدة :

أ ـ لغة : بأنها مأخوذة من العد والحساب وجمع العدة عدد كسدرة وسدر . وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا (١) .

ب ـ فى الاصطلاح : هى اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها .

مشروعية العدة والدليل عليها :

اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فآيات كثيرة منها قوله تعالى « **والذين يتوفون منكم ويذرون أزوجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً** » (٢) .

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير .

(٢) سورة البقرة رقم ٢٣٤ .

٢٧ ـ قدر الطلاق

عدد الطلاق : هو واحد واثنان وثلاث فإن صدر الطلاق مطلقا . أى بالصيغة فقط كأن قال الرجل : طلقتك أو أنت طالق ، وقعت طلقة واحدة عملا بمقتضى الصيغة عند الحنفية ، ويقع مانواه عند الجمهور .

وإن نوى بكلامه عددا معينا كواحدة أو اثنتين . أو صرح بعدد قرن بالطلاق ، وقع ما نواه أو صرح به من عدد .

فلو ماتت امرأة قبل تمام العدد لغا الطلاق عند الحنفية . لأن الوقوع بالعدد ولو مات الزوج من قبل ذكر العدد وقع الطلاق واحدة عملا بالصيغة . لأن الوقوع بلفظه لا بقصده .

وقال الشافعية : لو ماتت المرأة تمام كلمة (طالق) لم يقع شيء .

وتنفذ الطلقات الثلاث بالاتفاق سواء طلق الرجل المرأة واحدة بعد واحدة . أم جمع الثلاث فى كلمة واحدة بأن قال : أنت طالق ثلاثا عند الجمهور خلافا للظاهرية .

والإسلام فى أمر الزواج والطلاق التزم الحق والاعتدال وصحح أخطاء الجاهلية فقد كان النكاح فى الجاهلية أربعة أنحاء (١) :

النكاح المعروف بعقد بعد خطبة .

ونكاح الاستبضاع : أى طلب الزوجة المباضعة وهو الجماع من رجل آخر بطلب زوجها .

ونكاح الرهط دون العشرة ثم تلحق المرأة الولد بمن أحبت منهم .

ونكاح البغايا ثم إلحاق الولد بواحد من الزناة بالقافة (٢) .

---

(١) نيل الأوطار ج٦ ص١٥٨ .

(٢) القائف : وهو الذى يعرف شبه الولد بالوالد بالآثار الخفية .

وأما الطلاق : فلم يكن مقيدا بعدد فى الجاهلية .

قالت عائشة رضى الله عنها : كان الرجل يطلق امرأته ماشاء أن يطلق وهى امرأته إذا راجعها وهى فى العدة . وإن طلقها مائة أو أكثر ، حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبينين منى ولا آويك أبدا . قالت وكيف ذلك : قال أطلق حتى إذا دنا أجلك راجعتك : فأتت رسول الله فذكرت ذلك له . فأنزل الله عز وجل « **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » (١) .

فدلت الآية على عدد الطلاق ثلاث . وجعلت للزوج حق المراجعة بعد الطلقة الأولى والثانية . وبه حمى الإسلام المرأة من الضرر الذى كان يلحق بها . وراعى مصلحة الرجل حيث جعل للزوج حق الطلاق ثلاث مرات .

وحرص الشرع على إبقاء العشرة بين الزوجين من طريق المراجعة مرتين فقط . لتحقق الكفاية فيهما لتدارك ما فرط .

فقد يطلق الرجل لغضب سريع ثم يندم وقد يطلق لسبب ثم يزول السبب ، وقد يطلق لسوء عشرة المرأة فتتألم من الفراق وقد يكون لها أولاد فتحرم من رؤيتهم أو تتضايق من تربيتهم .

واشتراط التحليل . أى الزواج برجل آخر لحل رجوع المرأة إلى المطلق بعد الطلقة الثالثة يحمل الزوج على الإمساك عن إيقاع الطلقة الثالثة ويدفعه إلى الحرص على إبقاء الزوجية لأن الرجل بحكم الغيرة والحمية يأنف من مثل هذا الفعل .

فكأنه فى حكم الباب المسدود . وكأنه أحاله إلى شىء عسير الحصول بعيد التحقيق .

---

(١) تفسير ابن كثير ج١ ص٢٧١ ـ الآية من سورة البقرة ٢٢٩ ـ ٢٣٠ .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى « **يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** » (١) أى فى عدتهن أو فى الزمان الذى يصلح لعدتهن فاللام بمعنى فى .

ووجه الدلالة : أن الله عز وجل أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض لحرمته بالإجماع فيصرف الإذن إلى زمن الطهر فقيه دليل على أن القرء هو الطهر الذى يسمى عدة وتطلق فيه النساء .

كما استدلوا بحديث عائشة رضى الله عنها قالت : (إنما الأقراء الأطهار) أخرجه مالك فى الموطأ موقوف على عائشة (٢) .

أما القول الثانى : المراد بالقرء الحيض . وهو ما ذهب إليه جماعة من السلف وجمع من الصحابة والتابعين .

واستدلوا على قولهم بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب : قوله تعالى « **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** » (٣) فقد أمر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء . ولو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لأن بقية الطهر الذى صادفه الطلاق محسوب من الأقراء عند القول الأول . والثلاثة اسم لعدد مخصوص . والاسم الموضوع لعدد لا يقع على مادونه فيكون ترك العمل بالكتاب . ولو حمل على الحيض يكون الاعتداد بثلاث حيضات كاملات لأن ما بقى من الطهر غير محسوب من العدة عندهم فيكون عملا بالكتاب . فكان الحمل على ذلك أولى لموافقته لظاهر النص وهو أولى من مخالفته (٤) .

---

(١) الطلاق - آية ١ .

(٢) موطأ مالك ج٢ ص٥٧٧ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) المغنى لابن قدامه ج٩ ص٨٣ .

أما استدلالهم من السنة :

فما تقرر فى لسان الشرع من أن المعهود استعمال القرء بمعنى الحيض . قال النبى ﷺ " تدع الصلاة أيام قرائها " (١) أخرجه الترمذى وضعفه أبو داود .

وقال لفاطمة بنت أبى حبيش " انظرى إذا جاء قرؤك فلا تصلى ، فإذا مر قرؤك فتطهرى ثم صلى ما بين القرء إلى القرء " (٢) أخرجه أبو داود .

فهذا دليل على أنه لم يعهد فى لسان الشرع استعماله بمعنى الطهر فى موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود فى لسانه (٣) .

أما المعقول :

فهو أن هذه العدة وجبت للتعرف على براءة الرحم والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر (٤) .

لكن كيف تعتد المرأة بالأقراء :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عدة المرأة ذات الأقراء (وهى من لها حيض وطهر صحيحان) ثلاثة أقراء . فتعتد بالأقراء و إن تباعد حيضها وطال طهرها .

لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » (٥) .

وقد سبق أن بينا الخلاف بين الفقهاء فى معنى القرء هل هو الطهر أو الحيض ، ويترتب على هذا اختلاف فى حساب العدة .

---

(١) الترمذى ج١ ص٢٢٠ ـ أبو داود ج١ ص٢١٠ .
(٢) أخرجه أبو داود ج١ ص١٩١ .
(٣) المغنى والشرح الكبير ج٩ ص٨٣ .
(٤) البدائع ج٣ ص١٩٤ .
(٥) البقرة ٢٢٨ .

فعلى القول بأن القرء هو الحيض كما ذهب الحنفية والحنابلة فيجب على المرأة أن تعتد بثلاثة حيضات كوامل تالية للطلاق .

فلو طلقها فى طهر فلا يحتسب ذلك الطهر من العدة عندهم أو طلقها فى حيضها فإنها لا تحتسب من عدتها لحرمة لطلاق فى الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها ولأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء كاملة فلا تعتد بالحيضة التى طلق طلقته فيها (١) .

أما على القول بأن القرء هو الطهر كما ذهب المالكية والشافعية ورواية عن أحمد (٢) فإنها تعتد بثلاثة أطهار . فلو طلقت وبقى من زمن طهرها شىء ولو لحظة حسبت قرءا لأن بعض الطهر وإن قل يصدق عليه اسم قرء فتنزل منزلة طهر كامل . ولذلك تنقضى عدتها فى هذه الحالة برؤية الدم من الحيضة الثالثة .

ثانيا : العدة بالأشهر :

والعدة بالأشهر تجب فى حالتين :

الحالة الأولى :

وهى ما تجب بدلا عن الحيض فى المرأة المطلقة أو ما فى معناها التى لم تحض إما ليأس أو صغر أو بلغت سن الحيض أو جاوزته ولم تحض فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن .

لقوله تعالى « واللائى يئسْنَ من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » (٣) أى فعدتهن كذلك . ولأن الأشهر هنا

---

(١) البدائع ج٣ ص١٩٣ ـ المغنى ج٩ ص ٨٥ .
(٢) الدسوقى ج٢ ص٤٦٩ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص ٣٨٥ ـ المغنى ج٩ ص ٨٥ .
(٣) الطلاق ـ آية ٤ .

بدل عن الأقراء والأصل مقدر بثلاثة فكذلك البدل .

وسن اليأس محل خلاف بين الفقهاء .

وإذا اعتدت المرأة بالأشهر ثم حاضت بعد فراغها فقد انقضت العدة ولا تلزمها العدة بالأقراء .

ولو حاضت في أثناء الأشهر انتقلت إلى الأقراء ولا يحسب ما مضى قرءا عند جمهور الفقهاء لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البدل ، كالمتيم يجد الماء أثناء تيممه (١) .

الحالة الثانية :

عدة الوفاة ، وسبب وجوبها الوفاة بعد زواج صحيح سواء أكانت الوفاة قبل الدخول أم بعده وسواء أكانت ممن تحيض أم لا . بشرط ألا تكون حاملا . ومدتها أربعة أشهر وعشرا لعموم قوله تعالى « **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** » (٢) .

وقول الرسول ﷺ " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا " (٣) أخرجه البخاري ومسلم .

وقد اجتهد في التحديد هذا ، فقيل :

وقدرت عدة الوفاة بهذه المدة لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح في العشر فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها حمل .

---

(١) الدسوقي ج٢ ص٤٧٤ ـ مغني المحتاج ج٣ ص٣٨٦ ـ المغني لابن قدامة ج٩ ص١٠٢ .
(٢) سورة البقرة ـ الآية ٢٣٤ .
(٣) اللؤلؤ والمرجان ص٢٥٨ .»

كيفية حساب أشهر العدة :

إن حساب أشهر العدة يكون بالشهور القمرية لا الشمسية فإذا كان الطلاق أو الوفاة فى أول الهلال اعتبرت الأشهر بالأهلة لقوله تعالى « **يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج** » (١)

حتى لو نقص عدد الأيام لأن الله أمرنا بالعدة بالأشهر فقال سبحانه « **فعدتهن ثلاثة أشهر** » (٢) وقال تعالى « **أربعة أشهر وعشرا** » (٣) فلزم اعتبار الأشهر سواء أكانت ثلاثين يوما أم أقل .

ولما روى عن النبى ﷺ أنه قال " الشهر هكذا أو هكذا وأشار بأصابعه العشر مرتين وهكذا فى الثالثة وأشار بأصابعه كلها وحبس أو خنس إبهامه" (٤) أخرجه مسلم .

ولكن كيف تحسب العدة لو حدثت الفرقة أثناء الشهر ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

فقال أبو حنيفة ورواية لأبى يوسف إن العدة تحتسب بالأيام فتعد من الطلاق وغيره تسعين يوما . ومن الوفاة مائة وثلاثين يوما لأنه إذا انكسر شهر انكسر جميع الأشهر قياسا على صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأ الصوم فى نصف الشهر . ولأن العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها فى الأيام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالأهلة لنقصت عن الأيام فكان إيجاب الزيادة فيها أولى احتياطا .

---

(١) سورة البقرة ١٨٩ .
(٢) سورة الطلاق رقم ٤ .
(٣) سورة البقرة ٢٣٤ .
(٤) صحيح مسلم ج٢ ص ٧٦١ .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة ورواية لأبى يوسف إن المرأة لو طلقت أو حدثت الوفاة فى أثناء الشهر ولو فى أثناء أول يوم أو ليلة منه اعتبر شهران بالهلال ويكمل المنكسر ثلاثين يوما من الشهر الرابع ولو كلن المنكسر ناقصا وهكذا .

واستدلوا بأن المأمور به الاعتداد بالشهر والأشهر اسم الأهلة فكان الأصل فى الاعتداد هو الأهلة .

قال الله تعالى : « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » (١) جعل الهلال لمعرفة المواقيت وإنما يعدل إلى الأيلم عند تعذر اعتبار الأهلة وقد تعذر اعتبار الهلال فى الشهر الأول فعدلنا عنه إلى الأيام ولا تعذر فى بقية الأشهر فلزم اعتبارها بالأهلة (٢) .

متى تبدأ العدة :

وتبدأ العدة عند غالبية الفقهاء من الساعة التى فارقها زوجها فيها فلو فارقها فى أثناء الليل أو النهار ابتدئ حساب الشهر من حينئذ واعتدت من ذلك الوقت إلى مثله .

وقال المالكية لا يحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره ولا يوم الوفاة (٣)

العدة بوضع الحمل :

اتفق الفقهاء على أن الحامل تنقضى عدتها بوضع الحمل سواء أكانت عن طلاق أو وطء شبهة لقوله تعالى :

---

(١) سورة البقرة الآية ١٨٩ .

(٢) انظر البدائع ج٣ ص١٩٥ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٣٨٦ ـ المغنى لابن قدامة ج٩ ص١٠٤ ـ الفواكه الدوانى ج٢ ص٩٢ .

(٣) انظر المرجع السابق .

« وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » (١) .

أما عدة الحامل الذى توفى عنها زوجها :

فقد اختلف فيها الفقهاء :

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن عدتها تنقضى بوضع الحمل قلت المدة أو كثرت حتى لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها . فإن العدة تنقضي وتحل للأزواج .

واستدلوا على قولهم بعموم قوله تعالى « **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** » فقد جاءت عامة فى المطلقات ومن فى حكمهن والمتوفى عنها زوجها وكانت حاملا .

والآية مخصصة لعموم قوله تعالى « **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** »(٢)

كما استدلوا بما روى عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فجاءت إلى النبى ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت أخرجه مسلم (٣) .

وقيل إنها وضعت بعد وفاة زوجها بأربعين ليلة .

قال الزهرى : ولا أرى بأسا أن تتزج فى دمها غير أنه لا يقربها زوجها حتى تطهر (٤) .

ومن هذا نقول : إن الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضى عدتها بالوضع وإن لم يمض عليها أربعة أشهر وعشرا ولو بعد الوفاة بساعة .

---

(١) سورة الطلاق ـ الآية ٤ .

(٢) سورة البقرة ـ الآية ٢٣٤ .

(٣) صحيح مسلم شرح النووى ج١٠ ص١١٠ .

(٤) سبل السلام ج٣ ص١٩٦ .

ولأن المقصود من العدة من ذوات الأقراء العلم ببراءة الرحم وقد علم به فكان انقضاء العدة به أولى (١) .

ويرى غير الجمهور كابن أبى ليلى وسحنون :

أن الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين وضع الحمل أو مضى أربعة أشهر وعشرا . واستدلوا على هذا بقوله تعالى « **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** » (٢) فالآية الكريمة فيها عموم وخصوص من وجه لأنها عامة تشمل المتوفى عنها زوجها حاملا كانت أو حائلا وخاصة فى المدة (أربعة أشهر) وقوله تعالى « **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** » فيها عموم وخصوص أيضا لأنها تشمل المتوفى عنها وغيرها وخاصة فى وضع الحمل .

والجمع بين الآيتين والعمل بهما أولى من الترجيح .

لأنها إذا اعتدت بأقصى الأجلين فقد عملت بمقتضى الآيتين وإذا اعتدت بوضع الحمل فقد تركت العمل بآية عدة الوفاة فإعمال النصين معا خير من إهمال أحدهما (٣) .

تحول العدة أو انتقالها :

سبق لنا القول أن أنواع العدة ثلاثة : عدة بالأقراء أو الأشهر أو بوضع الحمل وقد تنتقل من حالة إلى أخرى .

الحالة الأولى :

انتقال العدة أو تحويلها من الأشهر إلى الأقراء كالصغيرة التى لم تحض وكذلك الآيسة .

وقد اتفق الفقهاء على أن الصغيرة أو البالغة التى لم تحض إذا اعتدت

---

(١) البدائع ج٢ ص١٩ .
(٢) سورة البقرة ـ الآية ٢٣٤
(٣) القرطبى ج٣ ص١٧٥ .

بالأشهر فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة فتنتقل عدتها من الأشهر إلى الأقراء لأن الأشهر بدل عن الأقراء . فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء .

أما إن انقضت عدتها بالأشهر ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حضت بعد انقضائها بزمن طويل . والآيسة إذا اعتدت ببعض الأشهر ثم رأت الدم فتتحول عدتها إلى الأقراء عند الشافعية والحنفية فى ظاهر الرواية .

تحول العدة أو انتقالها من نوع إلى آخر :

١ ـ إذا كانت المعتدة ممن تعتد بالأشهر بعد الفرقة بسبب غير وفاة الزوج وبدأت عدتها بالأشهر ثم حاضت فى أثناء مدة العدة وجب عليها أن تستأنف العدة بالحيض ويلغى ما مضى من عدتها ولا تنقضى إلا بثلاث حيضات كوامل . أما إذا رأت الدم بعد تمام عدتها بالأشهر فلا تستأنف العدة بعد انقضائها لا نقطاع آثار الزوجية .

٢ ـ إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع ولم تكن لها عادة معروفة بأن كانت قريبة العهد بالبلوغ أو لها ونسيتها فهذه تسمى المتحيرة ، واختلف فى عدتها إلا أنه المفتى به أنه تنقضى عدتها بثلاثة أشهر بناء على أن الغالب نزول الحيض مرة فى كل شهر .

٣ ـ إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم انقطع حيضها ولم تعد تراه فإنها تستمر معتدة حتى تحيض ثلاث حيضات أو تبلغ سن اليأس على الخلاف فيه ومنه أن تبلغ خمسا وخمسين سنة فتصير من ذوات الأشهر وتعتد بثلاثة شهور ، وهذا الحكم كان سببا لشكوى الكثير من الرجال إذ كان الكثير من النساء يأخذن نفقة للعدة سنوات مادامت المرأة تؤكد أنها لم تر الحيض ثلاث مرات . ولهذا أصدر ولى الأمر قانونا رقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩م عالج به هذه الحالة إذ نصت المادة (١٧) منه على أنه : (لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق) .

٤ ـ إذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا ثم مات زوجها وهى فى العدة يجب عليها أن تعتد عدة الوفاة وتنهدم عدة الطلاق الرجعى . أما إذا طلقت طلاقا بائنا ثم مات زوجها وهى في العدة . تتم عدة الطلاق البائن . إلا إذا كان قد طلقها وهو مر يض مرض الموت بقصد الفرار من توريثها فإنها ترث وتعتد بأبعد الأجلين (١) .

٥ ـ تحول العدة من القروء أو الأشهر لوضع الحمل :

لو ظهر فى أثناء العدة بالقروء أو بالأشهر أو بعدها أن المرأة حامل من الزوج فإن العدة تتحول إلى وضع الحمل . وسقط حكم ما مضى من القروء والأشهر وتبين أن ما رأته من الدم لم يكن حيضا لأن الحامل لا تحض . ولأن وضع الحمل أقوى دلالة على براءة الرحم من آثار الزوجية التى انقضت ، ولقوله تعالى : « **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** » (٢) .

عدة الموطوءة بشبهة :

وهى التى زفت إلى غير زوجها أو الموجودة ليلا على فراشة إذا ادعى الاشتباه كعدة المطلقة باتفاق الفقهاء . للتعرف على براءة الرحم لشغله ولحقوق النسب فيه كالوطء فى النكاح الصحيح ، فكان مثله فيما تحصل البراءة منه ، ولأن الشبهة تقام الحقيقة فى موضع الاحتياط ، وإيجاب العدة من باب الاحتياط .

وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وله الاستمتاع منها فيما دون الفرج فى أحد وجهى الحنابلة لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص

---

(١) انظر البدائع ج٣ ص٢٠٠ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٣٨٦ ـ المغنى لابن قدامه ج٩ ص١٠٢ .
(٢) سورة الطلاق ـ الآية ٤ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٣٨٩ ـ والمراجع السابقة .

بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض (١) .

٣٦ ـ ما يجب على المعتدة :

يجب على المعتدة أمران :

الأول : بقاؤها مدة العقد فى المنزل الذى كانت تسكنه حال قيام الزوجية لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

فاعتدادها فى منزل الزوجية حق قرره الشارع لتكون المطلقة على مقربة من مطلقها حتى ينتهى ما بقى من آثار الزوجية ولتكون المطلقة على ذكر من زوجها المتوفى فتقوم بواجب الوفاء له .

وليست المعتدة من طلاق أو وفاة أن تسكن فى غير منزل العدة إلا إذا وجد عذر يمنع إقامتها فيه .

وإن سكنت المعتدة فى غير العدة بدون عذر تعتبر ناشزا ولا تستحق نفقة العدة مدة نشوزها .

الثانى : الإحداد وهو ترك الزينة ولا تلبس حليا ولا تمس طيبا ولا تكتحل مادامت فى العدة مدة إظهارا للأسف على وفاة زوجها أو انقطاع زوجيتها إذا كان الطلاق بائنا .

أما المعتدة من طلاق رجعى فيستحب لها أن تتزين لزوجها ليرجعها إلى عصمته ، وقد روى الجماعة إلا الترمذى عن أم عطية أن الرسول ﷺ قال : " لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا ولا تتحلى بزينة ولا تمس طيبا " .

ولا يجب الحداد على المعتدة من طلاق رجعى ؛ لأن الزوجية لا تزال قائمة طوال مدة العدة .

---

(١) انظر المراجع ـ فتح القدير ج٤ ص٣٢٠ ـ الدسوقى ج٢ ص٤٧١ ـ مغنى المحتاج ج١ ص٣٩٦ ـ المغنى ج٩ ص٧٩ .

وأما المعتدة من الطلاق بائن فيرى الحنفية والإمام أحمد فى رواية أن عليها الإحداد إظهارا للحزن على فوات نعمة الزواج .

ويرى المالكية والشافعية وأحمد فى رواية : أنه لا يجب عليها الإحداد لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن .

وأما المعتدة من الدخول في زواج فاسد فلا تعتد فى منزل الزوج ولا تمنع من الخروج ولا إحداد عليها لأنه لا يملك له عليها .

٣٧ ـ نفقة المعتدات :

١ ـ اتفق الفقهاء على أن المعتدة من الطلاق رجعي تستحق النفقة السكنى

٢ ـ وأما المعتدة من الطلاق بائن : فذهب الحنفية إلى أن لها النفقة والسكنى ، كالمعتدة من طلاق رجعى إلا أن تكون معتدة من فرقة بسبب محظور من جهتها كأن تفعل مع أحد من أصول الزوج أو من فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة فحينئذ تستحق السكنى دون النفقة . وأما المالكية والشافعية فيرون أن المعتدة من الطلاق بائن تستحق السكنى حاملا كانت أو غير حامل لقوله تعالى :

« وأسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » .

ويرى الحنابلة والجعفرية أنه لا نفقة لها ولا سكنى إذا لم تكن حاملا لحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها الرسول ﷺ سكنى ولا نفقة .

وكانت تقول إنما النفقة والسكنى للمطلقة إذا كان لزوجها عليها الرجعة .

وقال ابن أبى ليلى : ليس لها السكنى ولا أى نوع من أنواع النفقة لأن وجوب النفقة بحق الزوجية وقد زالت وللمبتوتة حينئذ أن تعتد حيث تشاء وليس لأحد أن يمنعها من الخروج من بيتها .

وما قاله الحنفية دقيق لأنها مكلفة من الشارع بقضاء مدة العدة فى بيت

الزوجية فهى محتبسة لحقه عليها .

ويرى الحنفية أن النفقة ليست لكل معتدة وإنما هى :

للمعتدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى سواء أكانت حاملا أم غير حامل .

من لا نفقة لها من المعتدات :

١ ـ المعتدة من زواج فاسد أو من الدخول بشبهة لأن العقد الفاسد ونحوه لا يجعل للزوج حق احتباس الزوجة بل يوجب التفريق بينهما ولكن بعض القوانين قررت لها النفقة أثناء العدة .

٢ ـ المعتدة من فرقة جاءت من قبل الزوجة بسبب محظور شرعا كارتدادها عن الإسلام أو فعلها مع أحد أصول زوجها أو مع أحد فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة

٣ ـ المعتدة من وفاة ولو كانت حاملا لانفقة لها ولا سكنى لأنه لا وجه لجعل النفقة على الميت لانتهاء الزوجية بالموت ولا على ورثته لأنهم لم يكونوا طرفا فى عقد الزواج والعدة أثر من آثاره وبهذا أخذت بعض القوانين العربية وعليها قضاء العدة فى بيت المتوفى وعدم الإقامة فى غيره إلا لضرورة لها أن تخرج منه لقضاء حوائجها .

ويرى المالكية : أنه لا نفقة لها ولها السكنى تحتسب من رأس مال التركة حاملا كانت أو غير حامل ويقدم على حقوق الورثة والدائنين وعليها البقاء فى بيت العدة إذا مكنها الورثة منه فإذا تعذر عليها ذلك أقامت حيث شاءت ولها الخروج لقضاء مصالحها .

فقد روى أن عائشة رضى الله عنها كانت تفتى المتوفى عنها زوجها بالخروج فى عدتها وأخرجت معها إلى مكة للاعتمار أختها أم كلثوم بعد أن قتل زوجها طلحة بن عبد الله .

وكان الحسن وعطاء وطاووس يقولون : المبتوتة والمتوفى عنها تحجان

وتعتمران وتنتقلان وتبيتان أى فى غير بيوتهما (١) .

هذا وتعتبر الفقة للمعتدات دينا صحيحا كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

خلاصة أحكام العدة

وتختلف أحكام العدة باختلاف ما إذا كانت عدة طلاق رجعى أو طلاق بائن أو عدة وفاة وتكون هذه الأحكام على النحو التالى :

أولا : أحكام عدة الطلاق الرجعى :

ومن أهم هذه الأحكام :

أولا : ثبوت الحق للزوج فى إعادة زوجته إلى عصمته دون عقد ومهر جديدين ودون توقف على موافقتها ورضاها كما سبق أن ذكرنا .

ثانيا : إذا توفى أحد الزوجين فى أثناء عدة زوجته من طلاق رجعى أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ولا ابنة أخيها ولا ابنة أختها .

رابعا : لا يجوز للزوج أن يعقد على امرأة فى أثناء عدة زوجته الرجعية لو كان فى عصمته ثلاث سواها .

خامسا : عدم جواز خطبتها مطلقا لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض .

سادسا : ثبوت الحق لها فى السكنى والنفقة باتفاق الفقهاء (١) .

ثانيا : أحكام عدة الطلاق البائن أو الفسخ :

وأهم هذه الأحكام هى :

أولا : لا يملك الزوج إعادة زوجته إلى عصمته إلا بموافقتها ورضاها وحتى لو وافقت فلا يملكان ذلك إلا بعقد ومهر جديدين .

ثانيا : لا يرث أحدهما الآخر لو مات فى أثناء العدة .

---

(١) انظر الفرقة بين الزوجين للمرحوم الشيخ / على حسب الله ص٢٠٥ ـ والأحوال الشخصية للدكتور أحمد الغندور ص٥٦٤ .

ثالثا : يجوز للزوج فى أثناء هذه العدة أن يتزوج أخت زوجته أو خالتها أو عمتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها .

رابعا : يجوز له فى أثناء هذه العدة أن يتزوج امرأة أخرى رغم وجود ثلاثة سواها فى عصمته .

خامسا : لا يجوز التصريح بخطبتها بإجماع الفقهاء ، أما التعريض بها فأجازه الجمهور من الفقهاء ومنعه الحنفية .

سادسا : إن كانت حاملا لها النفقة لقوله تعالى « **وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن** »

وإن كانت غير حامل فالرأى لدى الشافعية هو أنه ليس لها إلا السكنى فقط . ويرى الأحناف أنه لا فرق بين الرجعية والبائن من حيث وجوب النفقة لكل منهما بشكل عام لقوله " لينفق ذو سعة من سعته فقالوا : الآية تشمل المطلقات جميعا " (١) .

لكن لا تجب النفقة للمعتدة :

إلا بشرط هو ألا تكون الفرقة فرقة فسخ بسبب فيه معصية من قبلها كما لو كان ذلك بسبب ردتها عن الإسلام مثلا .

ثالثا : أحكام عدة المرأة المتوفى عنها زوجها : وهى :

أولا : حق الإرث فيثبت لها هذا الحق إذا لم يكن هناك مانع من موانع الإرث .

بمعنى ألا يكون هناك اختلاف فى الدين بينها وبين زوجها وألا تكون وفاته بسبب جناية منها عليه .

ثانيا : تحريم تزويجها بغيره .

ثالثا : تحريم التصريح بخطبتها . أما التعريض بها فيجوز باتفاق الفقهاء.

---

(١) أحكام الأسرة ص٤٤٩ للدكتور عبد الفتاح أبو العنين .

رابعا : ليس لها نفقة لأن محل وجوبها على الزوج إنما هو حال الحياة وأما بعد الموت فلا محل لوجوبها إذ تسقط حينئذ .

خامسا : لا يجوز لها أن تتزين بحلى أو ملابس زاهية ألوانها أو طيب إذ الواجب عليها الحداد (١) .

الرجعة

٣٨ ـ تعريف الرجعة :

الرجعة والمراجعة بمعنى واحد . وهى استدامة الزوجية القائمة .

وعرفها الجمهور من الفقهاء بأنها : إعادة المطلقة طلاقاً غير بائن إلى الزواج فى العدة بغير عقد . وهذا يعنى أن الزواج ينتهى بالطلاق الرجعى . وأن الرجعة تعيده بعد زواله . فهى استدامة له وليست إنشاء عقد جديد .

٣٩ ـ مشروعيتها :

وهى مشروعه بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب :

فقوله تعالى « **وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك** » . أى فى العدة « **إن أرادوا إصلاحاً** » أى أرادوا رجعة .

وقوله تعالى « **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » « **فأمسكوهن بمعروف** » . والرد والإمساك مفسران بالرجعة .

أما السنة :

لقوله ﷺ " أتانى جبريل فقال : راجع حفصة فإنها صوامة قوامه وإنها زوجتك فى الجنة " رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن .

وقوله ﷺ لعمر رضي الله عنه " مره فليراجعها "

---

(١) أحكام الأسرة ص ٤٥١ للدكتور عبد الفتاح أبو العنين .

أما الإجماع :

فقد أجمع العلماء على أن الرجل إذا طلق دون الثلاث له الرجعة فى العدة.

وبناء على ذلك : إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها فى عدتها سواء رضيت بذلك أم لم ترض .

٤٠ ـ لماذا شرعت :

وشرعت الرجعة لإعطاء فرصة للزوج لينظر فى أمر زوجته ويفكر فى مصيرها . فهل من الخير والمصلحة عودة الحياة الزوجية فيراجعها قبل انقضاء عدتها . أم أن الخير فى الطلاق فيتركها حتى تنتهى عدتها وتبين منه

٤١ ـ أنواع الرجعة :

والرجعة نوعان : رجعة من طلاق رجعى . ورجعة من طلاق بائن .

أ ـ أما الرجعة من الطلاق الرجعى : فتكون بالقول اتفاقا وتكون بالفعل . وهو أن يستمع بها بالوطء فما دونه . ولا يجب صداق ولا ولى ولا يتوقف ذلك على إذن المرأة ولا غيرها .

ب ـ فإذا انقضت عدتها صارت رجعتها كالرجعة من الطلاق البائن : ويحتاج فى ذلك إلى ما يحتاج فى إنشاء الزواج من إذن المرأة ، وبذل صداق لها ، وعقد وليها عند الجمهور المشترط لوجود ولى خلافا للحنفية .

٥ ـ من له الحق الرجعة :

الرجعة حق الزوج مادامت المطلقة فى العدة . سواء رضيت بذلك أم لم ترض قوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحاً » .

وهذا الحق للمرتجع أثبته الشرع له فلا يقبل الإسقاط ولا التنازل عنه .

فلو قال الزوج طلقتك ولا رجعة لى عليك أو سقط حقى فى الرجعة فإن حقه

في الرجعة لا يسقط لأن إسقاطه يعد تغييراً لما شرعه الله ، ولا يملك أحد أن يغير ما شرعه الله . والله سبحانه وتعالى رتب حق الرجعة على الطلاق الرجعى .

قال تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

١٢ ـ شروط الرجعة :

يشترط فى الرجعة لكى تصح وتترتب عليها أحكامها شروط فى المرتجع وكذلك المرتجعة .

أ ـ شروط المرتجع :

ويشترط فيه أهلية الزواج بنفسه . بأن يكون بالغا عاقلاً مختاراً غير مرتد لأن الرجعة كإنشاء النكاح لكن يجوز لولى المجنون الرجعة . لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة .

وكذلك للصبى لأن نكاحه صحيح يتوقف على إجازة وليه . وهذا عند الحنفية كما تجوز من المحرم بحج أو عمرة وإن كان لا يجوز نكاحه .

ب ـ شروط المرتجعة :

١ ـ ويشترط في الرجعة كون المرأة مدخولا بها لا بمجرد الخلوة .

٢ ـ وأن تكون مطلقة طلاقا رجعيا من نكاح صحيح . لأن النكاح الفاسد يفسخ سواء بعد الدخول أم قبله ولأن المفسوخ نكاحها لا رجعة فيها .

٣ ـ كما يشترط : أن يكون الطلاق بلا عوض : لأن المطلقة بعوض قد ملكت أمر نفسها .

٤ ـ وأن تكون ممن لم يستوف عدد طلاقها : لأنه إذا استوفى عدد طلاقها وهو ثلاث . فلا حق له عليها .

٥ ـ وأن تكون قابلة للحل للمراجعة . لا مرتدة . فلا تصح مراجعة المرتدة . لعدم حلها . ولا يصح مراجعة الكافرة التى أسلمت واستمر زوجها فى الكفر لعدم الحل .

٦ ـ أن تكون باقية فى العدة : فلا يصح الرجعة بعد انقضاء العدة لأن العدة إذا انقضت أصبح الطلاق بائنا فتمنع الرجعة .

كما يشترط فى الرجعة :

أن تكون منجزة غير مؤقتة بوقت وغير معلقة بشرط ولا مضافة لزمن مستقبل

٤٣ ـ بم تكون الرجعة :

وتحصل الرجعة عند الجمهور بالقول أو بالفعل ومنه الخلوة .

أما القول : إما صريح وهو اللفظ الذى لا يحتمل معنى آخر غير الرجعة وإبقاء الزوجية ، كأن يقول : راجعت زوجتى .

وإما كناية بالنية أو دلالة حال ، فالأول لا يحتاج إلى نية . أما الثانى فهو بحاجة إلى نية أو دلالة حال . كأن يقول أنت عندى الآن كما كنت .

ويشترط فى " رددتك " الإضافة إليه أو إلى نكاحه فيقول : إلى أو إلى عصمتى .

وأما الفعل : فهو كل ما يوجب حرمه المصاهرة ، كمن قبل بشهوة وتقبيل ولو اختلاساً أو نائماً .

ولكن هل يشترط النيه مع القول أو الفعل ؟ نعم ، وقيل لا يشترط ذلك عند الحنفية . وقال الشافعية : لاتحصل الرجعة إلا باللفظ فقط سواء أكان صريحا أم كناية وأما الفعل فلا تحصل به الرجعة عندهم لأنه حرام والحرام لا تصح به الرجعة . وما قاله الجمهور دقيق فتصح الرجعة بالقول أو الفعل مع النية .

٤٤ ـ هل يشترط إعلام المرأة بالرجعة أو رضاها بها ؟ .

أ ـ اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط رضاء المرأة المرتجعة لقوله تعالى « **وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا** » . فجعل الحق للأزواج وقال سبحانه وتعالى « فامسكوهن بمعروف » فخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن اختيارا .

ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها فى الرجعة .

ب ـ لا يشترط إعلام المرأة بالرجعة فتصح ولو لم تعلم بها لأن الرجعة حق خالص للزوج لا يتوقف على رضا المرأة كالطلاق .

لكن يندب إعلامها بها حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء عدتها وحتى لا تقع المنازعة بين الزوجين إذا أثبت الزوج الرجعة بالبينة .

حتى إنه إذا تزوجت بزوج آخر وأثبت زوجها الأول مراجعتها صحت الرجعة وفسخ الزواج الثانى .

٤٥ ـ الإشهاد على الرجعة :

١ ـ يرى الجمهور أن الإشهاد على الرجعة ليس شرطا لصحتها لكنه يستحب احتياطا خوفا من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء العدة وقطعا للشك فى حصولها فيقول الزوج أمام شاهدين : " اشهدا على أننى راجعت امرأتى إلى نكاحى " . فإن لم يشهد على رجعتها صحت الرجعة .

٢ ـ وقال الظاهرية : يجب الإشهاد على الرجعة وإلا لم تصح .

لقوله تعالى « **فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم** » . والأمر للوجوب ولأن الشهادة شرط فى إنشاء الزواج بالاتفاق فتكون شرطا فى استدامته بالرجعة .

وحمل الجمهور الأمر فى هذه الآية على الندب والاستحباب لأن قوله

تعالى « **وأشهدوا ذوى عدل منكم** » وارد عقب قوله تعالى « **فأمسكوهن بمعروف** » وقد أجمع العلماء على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق فتكون الرجعة مثله . ولأن النصوص القرآنية مطلقة كقوله تعالى « **فأمسكوهن** » « **وبعولتهن أحق بردهن** » وقد روى أن ابن عمر طلق امرأته وهى حائض فأمره بمراجعتها ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة ولو كان شرطا لأمره به .

ولم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة مع كثرة وقوعها منهم ولأن الرجعة حق للزوج لا يتوقف على رضى المرأة فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر حقوق الزوج .

ولأن الشهادة شرط لابتداء الزواج لخطورته وليست شرطا لبقائه والرجعة إبقاء للزواج واستدامة له فلا تكون شرطا لصحتها .

٤٦ ـ الاختلاف فى الرجعة :

الاختلاف بين الزوجين فى الرجعة يقع فى أمور كثيرة لكن اشتهر الخلاف فى مسألتين .

المسألة الأولى : الاختلاف بينهم فى حصول الرجعة أو عدم حصولها .

المسألة الثانية : الاختلاف بينهما فى صحة الرجعة وعدم صحتها مع اتفاقهما على حصولها .

المسألة الأولى :

إذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته التى طلقها رجعيا وأنكرت هى ذلك وقالت لم يراجعنى .

فإن كانت العدة لا تزال قائمة عند حصول الخلاف بينهما ذكر فالقول للزوج لأنه يخبر عن شئ يملك انشاءه فى الحال .

والقاعدة : (**أن من أخبر بشئ يملك إنشاءه صدق بما أخبره**)

إذا لو لم يصدق ينشئة فى الحال . وإن كانت العدة منهية وقت حصول الخلاف بينهما فى وقوع الرجعة وعدم وقوعها فالبينة على الزوج لأنه يدعى حصول الرجعة .

والمقرر : أن البينة على من ادعى . فإن أثبت الرجعة حكم له بدعواه وثبتت الزوجية بينهم حتى لو كانت المطلقة رجعيا قد تزوجت زوجا غيره بعد انقضاء عدتها لاعتقادها أن مطلقها لم يراجعها فى العدة فسخ عقد الزواج الثانى لكونه عقدا فاسدا .

وإذا عجز الزوج عن الإثبات فالقول للزوجة بغير يمين عند الإمام أبى حنيفة لأن فائدة اليمين النكول ، وهو عند الإمام بذل الحق المدعى ، والبذل لا يجرى فى مسائل معينة ومنها الرجعة .

وعند الصاحبين : القول قولها بيمينها لأن النكول عن اليمن يعتبر عندهما إقرارا بالحق المدعى ويصح الإقرار بالرجعة .

المسألة الثانية :

إن ادعى الزوج صحة مراجعته لها لكونها وقعت فى العدة وأنكرت المطلقة ذلك لوقوعها بعد انقضاء العدة .

فالقول قولها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى انقضاء العدة تحتمل ذلك وكانت العدة بالحيض لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جهتها فيكون القول قولها بيمينما فإن حلفت رفضت دعواه وإن نكلت حكم له بدعواه لأن نكولها إقرار بدعواه . على رأى الصحابين المعمول به والظاهر يؤيدها أيضا حيث إن المدة بعد الطلاق تكفى لانقضاء المدة بالحيض .

وأما إذا كانت لا تحتمل انقضاء العدة بأن كانت لا تكفى لانقضائها بالحيض اعتبرت الرجعة صحيحة ولا يكون القول قولها . لأن القرينة الشرعية تكذُبها فى ادعائها انقضاء العدة حيث إن المدة التى قدرت لأقل مدة تنتهى فيها العدة لحيض (١) .

الطلاق والتقاضى

إثبات الطلاق وكيفية علم الزوجة به فى ظل أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م :

استحدث القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أحكاماً فى شأن إثبات الطلاق وما يترتب عليه من آثار لم تكن موجودة من قبل . وهذه الأحكام تتمثل فيما نص عليه فى المادتين الخامسة مكرر والثالثة والعشرون مكرر وفيما يلى نصوصهما وشرحهما وبيان المقصود منهما (٢) :

أولاً : مادة ٥ مكرر :

على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الطلاق .

---

(١) انظر المراجع فى : فتح القدير ج٣ ص١٦٠ ـ القوانين الفقهية ص٢٣٤ ـ الأحوال الشخصية للمرحوم عمر عبد الله ص٤٧٦ ـ الأحوال الشخصية ج٧ ص٤٧ دكتور . وهبة الزحيلى ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٢٣٥ ـ المغنى ج٧ ص٢٧٢ ـ المحلى ج١٠ ص٢٦٦ ـ المسألة ١٩٧٥ ـ المختصر النافع فى فقة الإمامية ص٢٢٣ .

(٢) المادتان ٥ مكرر و٢٣ مكرر أضافهما القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الأولى إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان ايقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة ، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به.

الجديد فى النص :

أوجب القانون على المطلق أن يبادر إلى توثيق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص (المأذون أو مكتب التوثيق بالشهر العقارى على حسب الأحوال) وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيقاعه الطلاق ، وهذا النص الوجوبى الذى لم يكن موجوداً من قبل ، دعت إليه كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، حاجة الأسرة وحمايتها من تتابع المشاكل إذ قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق ، أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره ، وفى هذا إضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل أن بعض الأزواج كان

يوثق الطلاق رسمياً لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامتها واستمرارها ، حتى إذا ما وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً اياه فى وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها ، وليس هذا بدعاً جديداً ، فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأجير بدء العدة إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا : لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار ولا

يعتد باسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثانى فى باب العدة) .

وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق شهادات الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقارى بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أو ديانتهم ، رأى المشرع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتابع المشال بين الزوجين إذا أخفى الطلاق .

وقت ترتيب آثار الطلاق :

وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة مكرراً فإن آثار الطلاق لا تترتب فى حق الزوجة إلا من تاريخ علمها به وذلك أخذاً كما تقول المذكرة الإيضاحية ، مما قرره فقهاء الحنفية فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق زوجته وأخفاه عنها .

طريق علم الزوجة بالطلاق :

ذكرت المادة المشار إليها فى فقرتها الثانية وجهين اعتبرت كلاً منهما طريقاً لحصول علم الزوجة بالطلاق وهما :

أ - إذا حضرت وقت توثيق إشهاد الطلاق أمام الموثق المختص الذى ألزمه القانون حينئذ أن يسلمها نسخة من هذا الإشهاد .

ب - إذا لم تكن الزوجة حاضرة وقت توثيق إشهاد الطلاق فعلى الموثق إعلانها بوقوع الطلاق لشخصها على يد محضر .

هذا وما ذكرته الفقرة الثانية من الوجهين المشار إليهما ليس على سبيل الحصر ، وإنما فقط مجرد مثالين اعتباريين على علمها بحصول الطلاق ، وهذا لا يمنع من علمها بحصول الطلاق بطريق أخرى ، كما لو خالعت زوجها على الطلاق أو أقرت بالطلاق فى ورقة رسمية أو عرفية غير منكورة منها أو غير ذلك من طرق العلم الشرعية الأخرى والتى يترتب عليها أن

يكون الطلاق واقعاً عليها ومرتباً فى حقها (١) .

---

(١) نظم قرار وزير العدل رقم ٣٣٦٩ لسنة ١٩٨٥ المنشور بالوقائع المصرية فى ٢٩ / ٧ / ١٩٨٥ العدد ١٧٢ ، أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق المطلقة تنفيذاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة مكر (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وفيمايلى نص هذا القرار :
مادة ١ : على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيه بياناً واضحاً عن محل إقامة المطلقة ، ويكون إثبات هذا البيان بإرشادها فى حالة حضورها توثيق الإشهاد وبإرشاد المطلق فى حالة عدم حضورها .
ويجب على الموثق المختص فى جميع الأحوال إثبات محل إقامة المطلق فى إشهاد الطلاق .
مادة ٢ : يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك فى حالة عدم حضورها توثيق إشهاده .
مادة ٣ : يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه فى المادة السابقة البيانات التالية :
١ - تاريخ وقوع الطلاق .
٢ - اسم الموثق الذى وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله .
٣ - رقم إشهاد الطلاق .
٤ - بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد .
٥ - اخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان .
مادة ٤ : فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقع الطلاق .
مادة ٥ - على الموثق تسليم المطلقة أومن تنيبه عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الإشهاد ، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لا ستلام الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك ، وعلى المحكمة فى هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول إن كانت تقيم فى مصر أو بواسطة وزارة الخارجية ان كانت تقيم فى الخارج .
مادة ٦ : على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ اشهادات الطلاق التى تسلم إليه فور استلامها فى سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد وتاريخ واسم الموثق واسمى المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه ارسالها فى اليوم التالى لتسليمها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة مع إثبات تاريخ ورقم الإرسال فى السجل المشار إليها ،
تابع بعده ##

هذا ما نصت عليه المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، والتي نصت على أن يكون طريق علم الزوجة بالطلاق هو حضورها توثيقة شخصياً أو إعلانها بوقوع الطلاق لشخصها على يد محضر فلما صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لم يتطلب الإعلان بالكيفية السابقة ، فنص كما جاء بالفقرة الثالثة من المادة ٢١ على الزوجة بحصول الطلاق فى حالة عدم حضورها يتم بأية وسيلة من خلال ورقة رسمية ولو لم تكن لشخص المطلقة ، فإذا تم هذا الإعلان طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات ، فإنه يقع صحيحاً وينتج كافة الآثار المترتبة على الطلاق لتحقق العلم القانونى به .

إثبات الطلاق وأثره على تقييد حق الزوج فى إيقاع الطلاق :

وجوب توثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق المختص إجراء شكلى ليس له أثر موضوعى على حق الزوج فى إيقاع الطلاق ، فالطلاق يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه ، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ومن قبلهم الصحابة التابعين ، وهذا ما حرصت المذكرة الإيضاحية للنص على إبرازه ووضوحه حيث جاء فيها : وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طرق العلم به أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج واختصه به فى أكثر من آية من ايات القرآن الكريم . كذلك لا تشكل تلك

والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة الى المطلقة .

مادة ٧ : إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها لتعذر تسليمها ، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها فى ملف خاص والتأشير بذلك فى السجل المشار إليه فى المادة السابقة .

أما المادتان الثامنة والتاسعة فتختصان بتوثيق الزواج ، وأما المادة العاشرة فقد ألغت قرار وزير العدل رقم ٢٢٤٥ لسنة ١٩٧٩، كما ألغت كل نص يخالف ذلك .

الإجراءات أى قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق . غاية الأمر أن آثاره بالنسبة للزوجة فى حالة اخفائه عنها ، لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به ، وإثبات الطلاق والدليل عليه باعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية فى حدود نص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية (١) .

إثبات الطلاق فى ظل القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

استحدث القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى مادته الحادية والعشرين حكماً مقتضاه أن الطلاق لا يعتد به قانوناً عند الإنكار إلا بالاشهاء عليه وتوثيقه فى ورقة رسمية ، كما نص على التزام الموثق بإجراءات يجب عليه اتباعها والإلتزام بها قبل توثيق الطلاق ، كذلك حدد الإجراءات التى يتم بمقتضاها علم الزوجة بحصول الطلاق وسريانه فى حقها .

وهذا هو نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

ـ لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار ، إلا بالإشهاد والتوثيق وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختبار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما ، فإن أصر الزوجان معاً على ايقاع الطلاق فوراً ، أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه .

ـ وتطبق جميع الأحكم السابقة فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى وثيقة الزواج .

---

(١) الغى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، ونص فى المادة الثالثة من مواد الاصدار على نفس النصوص المشار إليها فى المادة ٢٨٠ .

- ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات فى تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك .

- ولا يعتد فى إثبات الطلاق فى أى من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية .

ثانيا : جزاء الإخلال بأحكام المادة الخامسة مكررا :

أضاف القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة ٢٣ مكرراً ليواجه بها الإلتزامات التى فرضها على المطلق وعلى الموثق فى المادة الخامسة مكراً ونص المادة ٢٣ كالآتى :

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز سته أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً منها الأحكام المنصوص عليها فى المادة الخامسة مكرراً من هذا القانون كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محل إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقتة على خلاف ماهو مقرر فى المادة ١١ مكرراً .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

شرح المادة :

عاقب القانون المطلق بالحبس مدة لا تجاوز سته أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون وهى التى سبق أن أوضحناها وهى متعلقة بتوثيقه اشهاد الطلاق وكيفية إعلان الزوجة .

وهذه العقوبة التى نص عليها القانون هى عقوبة تعزيرية والعقوبه التعزيرية كما جاء بالمذكرة الإيضاحية للنص عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى وتختلف باختلاف الجريمة .

وقد أجاز الفقهاء التعزير بالبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت فى مواضع فى مذهب الإمام أحمد.

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أجل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكرراً من هذا المشروع يكون أمراً ذا سند صحيح شرعاً .

كذلك يعاقب الموثق إذا أخل بالتزاماته التى فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢٣ / ٢ مكرراً .

إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

قبول دعوى التطليق أو الفسخ :

لم تشترط المادة ١٧ من القانون رقم١ لسنة ٢٠٠٠ فى عبارتها الثانية من الفقرة الثانية لقبول دعوى التطليق أو الفسخ أن تكون الزوجية ثابتة عند الإنكار بوثيقة رسمية ، وإنما يكفى أى دليل كتابى ، وهذا هو نص العبارة الثانية من الفقرة الثانية : « ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة » .

ونظراً لأن النص المشار إليه لم يحدد ماهية الدليل الكتابى ، فإن هذا الدليل يمكن أن يكون عقداً عرفياً أو إقراراً بالزوجية أمام جهة رسمية (كمحضر بوليس أو نيابة) كما يمكن أن يكون خطاباً أرسله أحد الزوجين للآخر ذاكراً فيه ما يفيد إقراره بالزوجية ، كما لو ذكر الزوج فى خطابه المرسل إلى المدعية عبارة زوجتى .

أما إذا انعدم الدليل الكتابى على الزوجية ، فلا تقبل دعوى التطليق أو الفسخ والحكمة من هذا النص كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، أن المشروع يفتح بهذا الحكم المستحدث . بابا للرحمة بالزوجات اللاتى وقعن فى مشكلة الزواج العرفى ولا تجدن مخرجاً منه ، بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه ، فأتاح لهن المشروع سماع دعاواهن بطلب التطليق ، وواجه بذلك أمراً واقعاً فيه إعنات للمرأة يتمثل فى تعليقها على ذمه زوج عقد عليها بزواج عرفى ثم هجرها وأهملها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم ولا تجد فكاكاً من وصمة مثل هذا الزواج ، فيجيز لها المشروع رفع دعوى طلب التطليق عليه ، وتسمع دعواها هذه إذا كان زواجها ثابتاً بأى كتابة ، وفى هذا الأمر عدل وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة .

وغنى عن البيان أن الحكم بالتطليق فى مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفى بما يحرر الزوجة منها ، ويفتح لها آفاق الدخول فى زوجية شرعية موثقة ، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب عن الآثار الأخرى للحكم بالتطليق فى زواج رسمي موثق .

التعريف بالخلع :

أولا : فى اللغة :

الخلع بفتح الخاء مصدر خلع يخلع خلعاً ، على وزن منع يمنع منعاً ، والإسم الخلع بضم الخاء .

ومعناه : الانزع والإزالة ، يستوى أن يكون النزع حسياً كقوله تعالى : (فاخلع نعليك) ، أى انزع نعليك ، ومنه خلع فلان قميصه خلعاً إذا نزعه وأزاله ، ومن النزع المعنوى : خلع الرجل زوجته إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها خلعاً .

ثانيا : فى اصطلاح الفقهاء :

عرف الفقهاء الخلع بضم الخاء شرعاً : بأنه إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو ما فى معناه ، وبعبارة أخرى : هو إنهاء العلاقة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها لتخليص نفسها مما هى فيه بلفظ الخلع .

ووجه التسمية : أنه لما كانت الزوجة كلباس لزوجها فى الستر والتقية مما يضر أو يسئ سمى فراقها خلعاً ، لأنها تتخلع من لباس زوجها ، كما يخلع الإنسان ثوبه الذى يرتديه .

صور الخلع :

للخلع صور ثلاث :

الصورة الأولى : تتمثل فى كراهية الزوجة لزوجها وبغضها له لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبر سنه أو مرضه أو ضعفه أو نحو ذلك ، وتخشى ألا تؤدى

حق الله فى طاعته ، وتخاف ألا تقوم له بما يجب عليها من الحقوق ، ورغم عدم تقصيره فى حقوقها وقيامه بواجبه نحوها ، فتفتدى نفسها بمال تعطيه لزوجها لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع فى المحظور .

وهذه الصورة من الخلع جائزة ومشروعه ولا كراهة فيها ويقع بها طلاق بائن وقد دل على شرعيتها القرآن الكريم والسنة النبوية ،الإجماع .

أما القرآن : فقوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به تلك حدودالله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون) (١) . ومعنى الآية أنه لا حرج ولا إثم ولا مؤاخذة على الزوجة التى تخاف أو ألا تؤدى حق زوجها فى أن تفتدى نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها ، كما أنه لا حرج ولا إثم على الزوج فى قبول هذا المال ، وهو مال طيب لا خبث فيه ، وحتى لا يضار بخسارة زوجته وخسارة ماله . ويقول ابن العربى فى تفسير قوله تعالى : تلك حدود الله فلا تعتدوها إذا كان أحد الزوجين لا يطيع الله تعالى ولا يطيع صاحبه فى الله فلا خير لهما فى الاجتماع ، بل يجب على الزوجة تنفيذ ما أمر الله به من أحكام الخلع الواردة فى الآية الكريمة .

ولقد طبق الرسول ﷺ الخلع الوارد فى الآية الكريمة أمثل تطبيق أخرج البخارى عن ابن عباس أن إمرأة ثابت ابن قيس (٢) أتت النبى ﷺ فقالت يا رسول الله : ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ولكن أكره

---

(١) اية رقم ٢٢٩ سورة البقرة .

(٢) ثابت بن قيس : أنصارى خزرجى شهد أحداً وما بعدها ، وهو من أعيان الصحابة ، كان خطيباً للأنصار ولرسول الله ﷺ وشهد له النبى الجنة
أما زوجة فهى جميلة بنت عبد الله بن أبى بن سلول كبير الخزرج وهى أخت عبد الله بن عبد الله بن أبى رأس النفاق ، أسلمت وحسن إسلامها . وبايعت وتزوجت من حنظلة بن أبى عامر غسيل الملائكة قتل عنها بأحد ثم تزوجت ثابتاً .

الكفر فى الإسلام ، قال رسول الله ﷺ . أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، قال رسول الله ﷺ : إقبل الحديقة وطلقها تطليقة .

ومعنى قول زوجة ثابت : إنى أخاف الكفر فى الإسلام ، أنى أخاف على نفسى وأنا مسلمة ما ينافى حكم الإسلام من نشوز وكراهية وبغض وغير ذلك مما يتوقع من شابة جميلة مبغضة لزوجها ، فأطلقت على ما ينافى مقتضى الإسلام الكفر .

هذه الصورة التى أعلنت فيها الزوجة كراهيتها لصحبة زوجها وباتت لا يمكنها القيام بأداء حقوقه مع أنه لم يقع ضرر منه لها ، جائزة شرعاً ولا كراهة فيها ولا خلاف عليها (١) .

فى هذه الحالة يستحب للزوج ألا يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، لصريح حديث ثابت الذى أخرجه البخارى . ولما رواه ابن ماجه ، أن الرسول ﷺ : أمر ثابتا أن يأخذ حديقته ولا يزداد .

لكن لو أخذ زيادة مما أعطى فجمهور الفقهاء ، على أنه يجوز أخذ الزيادة ويصح الخلع ، عملاً بعموم قوله تعالى : (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وما تفتدى به عام يتناول القليل والكثير .

ولأن بدل الخلع ماهو إلا عوض فيشبه سائر الأعواض فى المعاملات وهذا يرجع إلى الرضا بين الزوجين وغايته أنه ليس من مكارم الأخلاق (٢) .

وذهب بعض التابعين والإمام أحمد فى رواية ، إلى أنه لا يجوز للزوج أنه يأخذ أكثر مما أعطى ، لما جاء فى الرواية التى أخرجها الدار قطنى

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص٢٦٤ ، فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ٩ ص٣٩٤ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ٢ ص٦٧ .

والبيهقي وابن ماجة ، أن ثابت بن قيس ، كانت عنده بنت عبد الله ابن أبى ابن سلول ، وكان أصدقها حديقة ، فقال النبى ﷺ ، أتردين عليه حديقته التى أعطاك ؟ قالت نعم وزيادة فقال النبى ﷺ ، أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته قالت نعم ، فأخذها له وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك قال : قبلت قضاء رسول الله ﷺ .

فهذا الحديث يدل على أن الزيادة عما أعطى لا يجوز ، ويجب رد هذه الزيادة ، أخذا بظاهر الحديث ، وقصرا لعام القرآن على بعض أفراده (١) .

واعترض على الحديث بأنه مرسل فلا يحتج به ، وعلى فرض رفعة ، فلعله خرج مخرج المشورة عليها والرأى . وحديث الباب والذى رواه البخارى ، لا دلالة فيه على الزيادة نفياً أو إثباتاً . هذا هوالحكم إذا كانت المرأة كارهة .

الصورة الثانية : إذا لم تكن المرأة كارهة وكان الحال بينها وبين زوجها مستقيماً واختلعت نفسها من زوجها ، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فى المشهور من المذهب ، أن خلعها يكون صحيحاً شرعاً ويباح للزوج أن يأخذ منها ما يتراضا عيه لقوله تعالى : (فإن طبن لكم عن شئ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئا) (٢) .

وغايته أنه يكون مكروهاً ، لقوله ﷺ : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة» (٣) .

وذهب الإمام أحمد فى رواية عنه إلى أن الخلع فى هذه الحالة لا يجوز واستدل بالقرآن والسنة .

---

(١) المغنى جـ٧ ص٥٤ .

(٢) اية رقم ٤ سورة النساء .

(٣) أخرجه الإمام أحمد والترمذى وأبو داود وابن ماجه ، شرح السنة للبغوى جـ٩ ص١٩٥

أما القرآن فقوله تعالى : (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) فهذا النص القرآني قد دل على عدم أخذ الزوج من زوجته مطلقاً ، واستثنى من ذلك صورة واحدة هي : خوفهما ألا يقيما حدود الله ، وبقي فيما عداها على المنع (١) .

وعلى ذلك يكون مفهوم الآية ، أن الإثم والجناح لا حق بها إن افتدت من غير خوف ، وقد أكد سبحانه ذلك بقوله : (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) .

أجيب عن الاستدلال بالآية الكريمة : بأنه لا حجة فيها على أن الخلع مختص بحالة الخوف من عدم إقامة حدود الله ، لأن الله عز وجل ، لم يذكر الخوف على جهة الشرط ، وإنما ذكره لأنه الغالب من أحوال الخلع ، فخرج القول على الغالب .

استدل ثابتا بالسنة . أولاً : بقوله ﷺ : المختلعات هن المنافقات ، وفي رواية : إن المختلعات المنتزعات هن المنافقات .

وقد اجيب عن الحديثين : بأن أئمة الحديث وصفوهما بالضعف وبالغرابة ، يقول ابن حجر العسقلاني في شرحه فتح الباري لصحيح البخاري في صحتهما نظر ، ويقول الترمذي عن أحدهما : غريب وليس إسناده بالقوي ، وعن الثاني - غريب ضعيف (٢) .

ثانياً : بما رواه أبو داود عن عائشة : أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت قيس فضربها فكسر نغصها (النغص أعلى الكتف) فأتت الرسول ﷺ بعد الصبح فاشتكت إليه ، فدعا النبي ﷺ ثابتا فقال : خذ بعض مالها وفارقها ،

---

(١) المغني جـ٧ ص٥٤ .

(٢) فتح البرري شرح صحيح البخاري جـ٩ ص٣٩٤ ، تفسير ابن كثيرجـ١ ص٢٧٢ .

قال : ويصلح ذلك يا رسول الله ، قال : نعم ، قال : فإنى أصدقتها حديقتين وهما بيدها ، فقال النبى ﷺ خذهما وفارقها فأخذهما وفارقها »(١)

دل الحديث على أن الخلع لا يجوز من غير اشتكاء ضرر وأنه مختص بحالة الشقاق ، وأن الشقاق والضرر شرط فيه . وقد أجيب عن وجه الدلالة من الحديث ، بأنه ليس نصاً فى محل النزاع ، لأن الخلع كما جاز فى حال الاستقامة بين الزوجين كما دل عليه حديث البخارى ، فإنه يكون جائزاً كذلك فى حال الضرر والاشتكاء كما يدل عليه هذا الحديث ، ولا منافاة بين الحالين . إن مجرد وجود الشقاق من الزوجة كاف فى جواز الخلع ، كما هو ظاهر الأحاديث الواردة بشأن الخلع ، وليس يشترط وقوع الشقاق منهما جميعاً ، ويؤيد عدم اعتبار الشقاق من جهة الزوج ، أنه ﷺ لم يستفسر من ثابت عن كراهيته لزوجته عند إعلانها بالكراهة له وأمره بتطليقها .

غاية الأمر أنه يكره للزوجة طلب الخلع إذا لم يكن هناك سبب يقتضيه (٢)

الصورة الثالثة : إذا عضل الزوج زوجته لتفتدى نفسها منه ، بأن ضارها بالضرب أو الشتم أو الضيق عليها أو منعها حقوقها أو نحو ذلك ، لتفتدى نفسها وفعلت ، فالخلع باطل والعوض مردود ، على ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء والعلماء (٣) ، لقوله تعالى :

(ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) (٤) وقوله سبحانه : **(ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله)** (٥) وقوله تعالى : **(ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا)** (٦) ولأنه عرض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق ، ويقع بخلعه لها طلقة رجعية بغير عوض .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ ص٢٨٢ .
(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ ص٢٧٩ .
(٣) المغنى جـ٧ ص٥٣ ـ ٥٤ .
(٤) آية ١٩ سورة النساء .
(٥) آية ٢٢٩ سورة البقرة .
(٦) آية ٢٣١ سورة البقرة .

يقول الإمام مالك : لو أخذ منها شيئاً وهو مضار لها وجب رده إليها وكان الطلاق رجعياً ، ثم يقول : وهذا الأمر الذى أدركت الناس عليه (١) .

وذهب الحنفية إلى أن العقد صحيح ـ الخلع واقع والعوض لازم ، وهو آثم عاص ، لأنه يحرم عليه أن يأخذ شيئاً مما أعطاها وهو مضار لها لقوله تعالى : (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتاخذونه بهتاناً وإثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظا) (٢) .

ولأن الإجماع قائم على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق ، وفى إمساكها لا لرغبة بل اضراراً وتضييقاً ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى معه فيها ، أخذ لمالها بغير حق فكان حراماً إلا أن أخذ المال يجوز فى الحكم قضاء لا ديانة (٣) .

فإن قيل : كيف يكون أخذ الفدية مشروعاً وجائزاً وحراماً فى نفس الوقت.

قيـــل : إن مشروعية أخذ الفدية وجوازها إنما هو فى الدنيا قضاء تحقيقاً للمعارضة .لا ديانة ، لأنه يحرم عليه أن يكرهها على بذل المال وهو مضار لها ، وهذه الحرمة متروكة لو عيد الله بسوء العاقبة فى الآخرة .

ولأن الحرمة لم تكن لذات الأخذ ، بل كانت لغير الأخذ ، وهو زيادة الايحاش ، فلا يعدم المشروعية فى نفسه ، ذلك لأنه أوحشها بالطلاق فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال ، ولذلك فإن ملكيته لما يأخذه منها هى بسبب

---

(١) شرح الخزارى جـ٣ ص١٥٢ بداية التمهيد جـ٢ ص٦٨ .

(٢) أية ٢٠ سورة النساء .

(٣) البحر الرائق جـ٤ ص٨٣ المبسوط جـ٦ ص١٨٣ ، الفتح والعناية على الهداية جـ٣ ص٢٠٣ .

خبيث . ومع ذلك فقد استفادت الزوجة من هذا الخلع ملكية نفسها فكان ما بذلت لقاء ما كسبت (١) .

موجب الأمر قوله ﷺ لثابت : « خذ الحديقة وطلقها تطليقة » .

جمهور الفقهاء والمفسرين على أن الأمر أمر إرشاد وتوجيه ، وليس أمر إيجاب وإلزام لأن الطلاق للرجل كما يقول رسول الله ﷺ : الطلاق بيد الرجال ، ولأنه يملك أن يطلقها بغير عوض فكذلك يملك أن يخالعها أو يطلقها بعوض .

وذهب بعض الفقهاء والمفسرين وعلماء الحديث ، إلى أن الأمر أمر إيجاب وإلزام وليس أمر إرشاد وتوجيه (٢) .

ذلك لأن المعنى الأصلي لصيغة الأمر هو طلب المأمور به على سبيل الإلزام والحتم ، أما غيره من المعاني فإنه يستفاد من سياق الكلام وقرائن الأحوال، وليس هنا قرينة تصرف الأمر من الإيجاب إلى غيره ، ومما يدل على أن الأمر هنا للإيجاب قوله تعالى : (وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم) حيث جعلت الآية الكريمة أمر الله ورسوله مانعاً من الاختيار وذلك دليل الوجوب .

ومما يؤكد أن الأمر أمر إيجاب قوله تعالى : (فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان) فإن المراد أنه يجب على الزوج أحد الأمرين : إما الإمساك بمعروف ، وإما التسريح بإحسان ، وقد تعذر الإمساك بمعروف لطلبها الفراق وافتداء نفسها ، فيتعين عليه التسريح بالإحسان (٣) .

---

(١) المبسوط للرسخى جـ٦ ص١٨٣ ، الفتح والعناية على الهداية جـ٣ ص ٢٠٣ ، البحر الرائق جـ٤ ص٨٢ .

(٢) سبل السلام جـ٣ ص١٦٧ ، نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ ص٢٧٩ .

(٣) سبل السلام جـ٣ ص١٦٦ .

المخاطب بالأمر :

المخاطب بالأمر فى قوله تعالى : (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) سواء أكان الأمر أمر إرشاد وتوجيه أم أمر إيجاب وحتم ، هل هو الزوج ، أم الزوج والحكام أم الحكام فقط .

جمهور الفقهاء على أن الموجب للخلع والمخاطب به هو الزوج لا غير ، لأن العصمة بيده وله أن يطلق بغير عوض منه .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الخلع كما يجوز أن يكون باتفاق الزوجين ورضاهما معاً لقوله تعالى : (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) ، يجوز أن يكون بإلزام القاضى مع الشقاق بينهما ، لارتفاع ثابت وامرأته إلى النبى ﷺ وإلزامه بأن يقبل الحديقة ويطلق ، يقول الشوكانى فى الدرارى المضيئة : الخلع جائز شرعاً بتراضى الزوجين أو بإلزام القاضى مع الشقاق بينهما .

أما كونه بتراضى الزوجين فلقوله تعالى : فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير .

وأما كونه بإلزام القاضى فلارتفاع ثابت وامرأته إلى النبى ﷺ وإلزامه بأن يقبل الحديقة ويطلق ، ولقوله تعالى : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها . وهذه الآية كما تدل على بعث الحكمين ، تدل على اعتبار الشقاق فى الخلع (١) .

---

(١) الدرارى المضيئة شرح الدر البهية للإمام محمد على الشوكانى ص٧٤ ـ ٧٦ ،، تفسير فتح القدير للشوكانى جـ١ ص٢٣٨

وذهب أبو عبيد وسعيد بن جبير والحسن البصرى وابن سيرين وغيرهم إلى أن الموجب للخلع هو القاضى لاغير ، استناداً إلى قراءة حمزة : إلا أن يخافا بالبناء للمجهول والفاعل محذوف وهو الأئمة والحكام ، وهذا ما يتناسب وقوله تعالى : (**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله**) . وذلك حتى يكون إسناد الأخذ إليهم لكونهم الآمرين بذلك ، وهذا أولى حتى لا يتشوش النظم على قراءة : إلا أن يخافا (بالفتح) - مع قوله تعالى : (**فإن خفتم**) وبذلك يتناسق النظم بتناسق الضمائر .

هذه هى أقوال الفقهاء والمفسرين وعلماء الحديث فى شرعية الخلع وفى موجب الأمر فى قوله ﷺ لثابت : **خذ الحديقة وطلقها** ، وفيمن توجه إليه الخطاب فى قوله تعالى : (**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون**) .

وقد كان العمل بالمحاكم جارياً على أرجح الأقوال من المذهب الحنفى فيما لا نص عليه فى القوانين الخاصة .

ومنذ عدة سنوات ارتفعت أصوات تنادى بتقنين أحكام الخلع ، لأن ما جاء فى المذهب الحنفى لم يحقق حاجة الأسرة إلى الاستقرار ولم يخفف من حدة النازعات المعروضة أمام المحاكم ولم يعالج أسباب القلق والاضطراب فى حياتها .

وقد استجابت وزارة العدل لتلك النداءات ، فأعدت مشروعاً لإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وضمنته مادة خاصة بأحكام الخلع

أخذت نصوصها من أقوال الفقهاء فى المذاهب الإسلامية بما يؤدى إلى دفع الحرج ورفع الضرر ، وقد عرض هذا المشروع على المؤسسات التشريعية والاستشارية ، وبعد مناقشات ودراسات موسعة ومحاورات من مختلف المهتمين بأمر الأسرة المصرية على مختلف ثقافاتهم ولا سيما رجال الفكر والقانون وعلوم الشريعة الإسلامية ، صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م وقد عالج هذا القانون أحكام الخلع فى المادة العشرين منه وهذا هو نصها ـ المادة ٢٠ ـ :

للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه . ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون ، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لإستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض (١) .

ولا يصلح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ، أو نفقتم أو أى حق من حقوقهم . ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن .

ويكون الحكم ـ فى جميع الأحوال ـ غير قابل للطعن عليه بأى طريقة من طرق الطعن .

---

(١) فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير جـ١ ص٢٣٨ ، سبل السلام جـ ص ، نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٧٩ .

إن ما ذهب إليه القانون لم يخرج عن مضمون الشريعة الإسلامية وجمع بين الأقوال ذلك أن الزوجة حين ترفع طلبها إلى القاضى متضمناً ، بغضها لزوجها وتخوفها من عدم قدرتها على القيام بحقوقه الزوجية وردت عليه ما دفعه لها من الصداق ومتنازلة عن حقوقها الشرعية ، وتطلب خلعها من هذا الزوج وتخليصها مما هى فيه ، فإن القاضى لا يخلعها بمجرد طلبها هذا ، بل عليه أن يحاول الصلح بينهما ببعث حكمين للتوفيق بينها وبين زوجها ، وإزالة ما يكون قد شاب علاقتهما الزوجية إمتثالاً لقوله تعالى : (فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما) . فإن وفقا فبها ونعمت ، وإن لم يوفقا وأصرت الزوجة على طلبها ، خلعها القاضى وأمر الزوج بأخذ ما قدمه من مهر وما فى حكمه فضلاً عن تنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية .

وهذا يتمشى مع القول بأن الأمر أمر إيجاب ، ويتمشى مع القول بأن الخلع لابد فيه من رضا الزوج ، وحيث أن الزوج لم يرض بقبول الفدية ويصر على إمساكها بغير رضاها ، مع إعلان بغضها له وكراهة الإقامة معه يكون قصده الإضرار بها والكيد لها وهو بهذا يكون ظالماً متعدياً لحدود الله المنصوص عليها فى آية الخلع (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون) .

وحيث أن القاضى نصب لرفع الظلم فينوب عنه فى إمضاء الخلع كما فى حالة الطلاق للضرر وسوء العشرة .

وفضلاً عن ذلك كله فإن الزوجة التى باتت لا تطيق زوجها ولا ترغب فى استمرار علاقتها الزوجية معه ، فإن المفترض أن يكون موقف الزوج مطابقاً لموقفها ، فكيف يتمسك هذا الزوج بزوجه لا تريده بل تمقته وتبغضه .

ومادامت هى ترغب فى الطلاق وتتمسك به فيجب عليه أن يستجيب لهذا الطلب ويعمل على تلبيته على الفور وهذا هو التسريح بإحسان المنصوص عليه فى الآية الكريمة ، والذى يتمشى مع واقعية الإسلام وحضارته .

إن الزوج إذا كره زوجته وأراد أن يتخلص منها ، فما عليه إلا أن يتلفظ بلفظ الطلاق ، ليتخلص منها . والزوجة لها من الحقوق مثل ما للزوج فلا مانع أن يكون لها هذا الحق ـ وأنها إذا كرهت زوجها أن تخلعه وتخلص نفسها مما هى فيه وتعفيه من حقوقها وترد عليه ما دفعه .

ولقد تنبه الفقيه ابن رشد المالكى إلى ذلك قديماً ، ونص على أن الفداء جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره زوجته ، جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت زوجها ، وإن الإبقاء على مثل هذه الرابطة الواهنة والتى باتت صورة من غير روح . بسبب ما بين الزوجين أو أحدهما من بغض وكراهية ، وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة ، وعاملاً من عوامل الكيد والمضارة والزيغ وارتكاب المحرمات .

وصدق رسول الله ﷺ حين قال فى البغضة بأنها الحالقة ، أى حالقة للدين وللفضائل الإنسانية وقاطعة لكل ما بين الزوجين من السكينة والمودة وحسن العشرة .

وغايته أنه كما لا تضار الزوجية بجبرها على البقاء مع زوج لا ترغبه لا يضار زوج فى حصوله على ما أعطاه لزوجته ، فلا ضرر ولا ضرار .

الفرق القضائية

إذا كانت حكمة الشريعة ، قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج ، فقد أقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها ، وأوجبت على القاضى أن يجيبها إلى طلبها إذا كان هناك سبب يدعو إلى ذلك .

والأسباب التى يجب على القاضى أن يفرق بين الزوجين على أساسها سبعة أسباب وهى :

السبب الأول : التفريق لعدم النفقة :

تقرر فيما سبق أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج فإن الزوج فإن امتنع عن الانفاق ولم يؤد ما وجب عليه فاما أن يكون موسراً واما أن يكون معسراً ، فإن كان موسرا فللزوجة أخذ النفقة من ماله ولو كان ديناً على آخر ، أو وديعة أودعها غيره ، بما يتيسر لها من الطرق ، سواء كان حاضراً أو غائباً، بإذنه وبغير إذنه ، يدل لذلك ما روى عن عائشة رضى اللّه عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول اللّه ﷺ فقالت : يا رسول اللّه ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل علىَّ فى ذلك من جناح ، فقال خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك (١) .

وان لم تتمكن من أخذها مباشرة رفعت الأمر إلى القاضى ليأمره بالانفاق ويجبره عليه ، وليس لها أن تطلب التفريق لأن الامتناع عن الإنفاق وهو قادر عليه ظلم لها ، والتفريق لم يتعين طريقا لرفع الظلم ، حتى يلجأ إليه ، فإن

---

(١) سبل السلام ج٤ ص٤٤٢

أبى حبسه ، فإن صبر على الحبس ، أخذ النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها فى ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد .

قال أبو حنيفة : النفقة من ماله من الدراهم والدنانير ولا يبيع عروضاً ولا عقاراً إلا بإذنه أو إذن وليه ، لأنه لا ولاية له عليه .

وأما إن كان معسراً ، وطلبت التفريق ، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك ، فالحنفية يرون أنها لا تجاب إلى طلبها ويأذن لها القاضى فى الإستدانة عليه .

وجمهور الفقهاء يرون أنها تجاب إلى طلبها ويفرق بينها وبين زوجها وقد استدل الحنفية بما يأتى :

أولاً : يقول الله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ، دخل تحت هذا النص كل معسر ، والنفقة لا تعدوا أن تكون ديناً فى ذمة الزوج وقد أعسر عن أدائه فكانت المرأة مأمورة بالإنتظار بالنص ، وليس لها الحق فى طلب التفريق .

ثانياً : بقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها » ، فهذا يدل على أن الزوج إذا لم يقدر على الإنفاق لا يكلف به ، وإذا لم يكن مكلفاً به ، فلا يصح أن يجعل سبباً فى الفريق .

وقد سئل الزهرى عن رجل عاجز عن نفقة امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : تستأنس به ولا يفرق بينهما وتلا قوله تعالى « لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً » فقد خرج الآية ، على أنه من التكليف غير المعقول أن يفرق بين المرء وزوجته بسبب اعساره .

ثالثاً : فى التفريق ، إبطال لحق الزوج وفى الإنتظار وعدم التفريق تأخير حق الزوجة ديناً عليه ، وتأخير الحق أهون من إبطاله ، فوجب المصير إليه ، عملاً بالقاعدة المقررة شرعاً ، وهى : ارتكاب أخف الضررين ، إذا لم يكن مفر من ارتكاب أحدهما .

واستدل الجمهور بما يأتى :

أولاً : بقول الله تعالى : « **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** » ، وبقوله تعالى : « **ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا** » ، وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف وفيه ضرر لها ، فتعين التسريح ، فإن أبى ، ناب القاضى منابه وفرق بينهما .

ثانياً : ما روى أبو هريرة ﷺ ، أن رسول الله ﷺ قال « **اليد العليا خير من اليد السفلى ويبدأ أحدكم بمن يعول تقول المرأة أطعمنى أو طلقنى** » ، فالزوجة لها أن تطلب الطلاق إذا عجز الزوج عن إطعامها .

ثالثاً : إذا عجز الزوج عن الإتصال بزوجته جنسياً ، وطلبت التفريق ، تجاب إلى طلبها فأولى أن يجاب طلبها بالفريق للعجز عن الإنفاق لأن البدن يبقى بلا إتصال جنسى ولا يبقى بلا قوت .

وأيضاً ، فإن منعة الإتصال مشتركة بينهما فإذا ثبت فى المشترك جواز التفريق لعدم المنفعة ، ففى المختص بها أولى .

هذه هى أراء الفقهاء فى هذه المسألة ، والأدلة التى استندوا إليها .

ويظهر أن رأى الجمهور أولى بالإعتبار ، فإنه جعل الرأى لها وهى التى تقدر مصلحتها فإن أرادت أن تضحى وتتحمل شظف العيش معه ، وتتمسك به وفاء لعشرته وتقديراً لمحبته واحتراماً للربطة المقدسة بينهما ورأت أن الصلة بينهما صلة روحية لا تجارية ، حمدت الله على ذلك ، وقد يفرج الله

الكرب، ويبدل عسره يسراً فى أمد قريب ، وإن رأت أن حياتها معه متعذرة ، وعجزت عن تحمل ما تلاقيه من ضرر البقاء معه وطلبت التفريق فعلى القاضى أن يلبى رغبتها فقد يكون فى إكراهها على الحياة معه ما هو أضر له وألم من البعد عنها . فالتفريق لم يكن لازماً لثبوت الاعسار ، وانما هى التي تحدد المصير الذى تراه .

وقول الحنفية حلا للموقف بأنها تستدين عليه ، فإلى متى تستدين ، ومن أين تجد الشخص الذى يعطيها نفقتها من طعام وكسوه ، على أمل أن يسدد هذا الزوج الذى ثبت إعساره ؟ لا شك أن ذلك عسير خصوصاً فى وقتنا الحاضر ، وقد كان العمل فى المحاكم . يجرى على مذهب الحنفية حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وجاء فيه (١)

(أن الزوج إذا كان حاضراً وادعى الإعسار مع إقامة البينة أو تصديق الزوجة له يمهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، لعل اللّه يبدل عسره يسراً فإن لم ينفق عليها ، طلق القاضى عليه بعد ذلك) .

أما إذا اعترف بيساره أو سكت ، أو ادعى الإعسار ولم يقم على ذلك بينة ولم تصدقه الزوجة فى ذلك ، وأصر على عدم الإنفاق . وأصرت المرأة على التطليق .

فإن القاضى يطلقها فى الحال ، دفعاً للعنت والأضرار وإذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة وفى مدة لا تتجاوز تسعة أيام . أعلن بموجب الحضور للإنفاق أو إرسال النفقة وضرب له أجلاً حسيما يراه القاضى . فإذا تحققت المحكمة من وصول الإعلان ولم يحضر ولم يرسل النفقة طلق القاضى عليه .

---

(١) المادتان ٤/٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

مادامت الزوجة مصرة على ذلك ومثله المسجون ، يطلق عليه بعد إعلانه ، إذا لم يرسل للزوجة النفقة الواجبة فى المدة المضروبة لذلك فإن كانت الغيبة بعيدة . لا يتيسر إعلانه فى تلك المدة ، أو لا يعرف له محل إقامة ، أو كان مفقوداً لا يعلم أحى هو أم ميت ، طلق عليه القاضى فى الحال ، بدون ضرب مدة ولا إنذار ، لعدم الفائدة .

هذا والطلاق الذى يوقعه القاضى على الزوجة ، طلاق رجعى إذا كانت الزوجة مدخولاً بها فإذا أزال سبب التطليق ، فله أن يراجعها ، مادامت فى العدة ولا يكتفى بالوعد والاستعداد للإنفاق ، بل لابد من دفع النفقة المطلوبة منه فى الحال ، فإن لم يدفع لا يحكم بصحة الرجعة .

السبب الثانى : التفريق للعيب :

العيوب قد تكون ، تناسلية خاصة بالرجال ، وهى الجب والعنة ، والخصاء (١) ، وقد تكون تناسلية خاصة بالنساء كالرتق والقرن (٢) .

وقد تكون عيوب مشتركة بين الرجال والنساء كالجنون والجذام والبرص وغيرها من سائر الأمراض المنفرة أو المعدية إلى الغير بالمخالطة .

ولا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى فى أنه لا خيار للزوج ، بسبب عيوب الزوجة مطلقاً ، فلا ينفسخ بها الزواج لأنه غير مانعة من حصول المقصود من الزواج ، ثم هى عيوب قد ينفع فيها العلاج ، فيزول به المانع وإذا تضرر الزوج من عيب زوجته فله أن يتخلص منها بالطلاق .

---

(١) الجب : بفتح الجيم استئصال عضو التناسل ، والعنة بضم وتشديد النون المفتوحة : عجز الرجل عن الوصول إلى النساء والخصاء بكسر الخاء: سل الخصيتين .

(٢) الرتق : بفتحات انسداد المحل ، والقرن بفتحات عدة فى المحل تمنع الإختلاط الجنسى .

وذهب جمهور الفقهاء ، إلى أن الزوج يثبت له خيار الفسخ إذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب : الرتق ، والقرن ، والجنون ، والجذام ، والبرص ، لأن هذه العيوب تمنع من المعاشرة الجنسية إما حساً وإما طبعاً، ولم يعرض القانون لعيوب الزوجة وعلى ذلك يكون القانون الواجب التطبيق بالنسبة لها هو أرجح الأقوال من المذهب الحنفى الذى لا يسوغ فسخ الزواج بشئ منها .

أما عيوب الرجل ، فقد اتفق على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً من العيوب التناسلية الثلاث : العنة والجب والخصاء فلها خيار الفسخ بشروطه لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لا تتحقق مع هذه العيوب ، ولأن هذه العيوب ، لما كانت غير قابلة للزوال فلا يمكن تلافى الضرر الناشئ عنها إلا بالتفرقة بين الزوجين ، فإن لم يطلق الزوج وأبى ، قام القاضى مقامه فى الطلاق ، حيث فات الإمساك بالمعروف .

أما إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا آخر غير هذه العيوب التناسلية مثل الجنون والجذام والبرص ، فقد اختلف فقهاء الحنفية فى جواز التفريق بسببها فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا خيار لها أن هذه العيوب لا يفوت بها المقصود من الزواج كما يفون بالجب والعنة والخصاء .

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه يثبت للزوجة بسببها خيار الفسخ ، لأن هذه العيوب تتضرر بها ضرراً عظيماً .

ويعتبر ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف هو القول الراجح فى المذهب .

اثبات العيوب :

يتحقق الجب بطرق الإثبات فى مثله فإن ثبت ذلك عند القاضى بأى طريق من طرق الاثبات أمر الزوج بتطليقها فى الحال ، لأنه لا فائدة فى التأخير والانتظار فالجب أمر حسى يمكن تعرفه فى الحال بالمشاهدة فإن لم يطلقها

ب القاضي عنه في تطليقها منعاً للضرر عنها .

أما إذا وجدت المرأة زوجها عنيناً أو خصياً ، وطلبت من القاضي تطليقها منه
نه لم يصل إليها بسبب عنته سأله القاضي عن دعواها فإن أقر بها وصادقها
ى أنه لم يصل إليها ، فلا يفرق بينهما في الحال ، سواء كانت بكراً أو ثيباً ،
، يؤجله سنة قمرية عساه أن تعتدل طبيعته لا شتمال السنة على الفصول
لأربعة المختلفة فيستطيع مخالطتها ، وابتداء السنة من يوم الخصومة إلا إذا
ان الزوج مريضاً أو به مانع شرعي أو طبيعي يمنعه من المباشرة فإن كان
ذلك فيكون ابتداء السنة من حين زوال المانع ، ولا يحتسب من السنة أيام
يبتها أو مرضه إن كان مرضاً لاستطاع معه المعاشرة فإن مضت السنة ولم
ستطيع ذلك ، وعادت الزوجة إلى القاضي مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها
طلقها القاضي منه

والتقدير بالسنة مروى عن عمر ﷺ ولأن السنة جعلت غاية في صبرها وإبلاء
ذرها شرعاً ، وأما إن سأله القاضي عن دعواها فأنكرها وقال أنه وصل إليها
إن كانت ثيباً ، فالقول قوله بيمينه ، لأن الظاهر يشهد له . إذ الأصل في
لإنسان السلامة فإن حلف أنه وصل إليها رفضت دعواها وان نكل اعتبر نكوله
صادقة لها ، فيؤجل سنة كما في حال المصادقة السابقة

وإن كانت بكراً من الأصل عين القاضي امرأتين يثق بهما للكشف عليها فإن
نالتا هي ثيب فالقول للزوج بيمينه لأن الظاهر يشهد له وإن قالتا هي بكر يؤجله
سنة . كما مر .

فإذا مضت السنة وعادت الزوجة مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها ،
أعيدالكشف عليها مرة ثانية فإن تبين بعد الكشف عليها أنها ما تزال بكراً
طلقها القاضي منه وان تبين أنها ثيب ، فالقول للزوج بيمينه .

وإذا ادعت الزوجة أن زوجها أزال بكارتها بأصبعه مثلاً لا بالوقاع فالقول قول الزوج بيمينه فى أنه أزال بكارتها بالوقاع لا بالأصبع .

والحكمة من إتخاذ هذه الإجراءات فى عيبى العنة والخصاء هو أن الوقوف على حقيقة العنة والخصاء متعذر وليس لأهل الخبرة من الأطباء رأى قاطع بالنسبة لهما حتى يستعان برأيهم وربما يكون عجز الزوج عن مباشرة زوجته ، لعارض سريع الزوال ، وليس عيباً مستحكماً ، لا يمكن البرء منه وقد يعجز الرجل عن معاشرة امرأة دون أخرى ، أو فى زمن دون آخر ، فلهذا يؤجل القاضى سنة عساه أن يتمكن خلالها من الوصول إلى زوجته حتى يكون حكم القاضى مبنياً على عيب مستحكم فعلاً لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال .

والتفريق لهذه العيوب يكون بطلقة بائنة ، وتستحق المرأة المهر كاملا إن كان قد اختلى بها .

هذه هى العيوب كما هى فى المذهب الحنفى والتى ما يزال العمل جارياً على مقتضاها بالنسبة لعيوب التناسل . وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ولم يعينها باسمائها من كل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والزهرى وما أشبه من - كل عيب منفر أوضار - أخذاً مما قاله محمد بن الحسن من الحنفية والأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد وإن كان المذهب المالكى هو أوضح المذاهب فى هذه المسألة .

شروط التفريق بهذه الأسباب :

يشترط فى العيب المثبت للتفريق ، أربعة شروط :

الشرط الأول : أن يكون العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن ولكن بعد زمن طويل فإن كان المرض قريب الزوال فلا يسوغ طلب التفريق .

الشرط الثانى : ألا يمكن المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والبرص والضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها .

ويستعان فى تحقيق هذا الشرط وسابقة بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء إذ هم الذين يبينون مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناشئ عن الإقامة مع وجوده .

الشرط الثالث : ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند الزواج فلو تزوجته وهى تعلم بحاله ليس لها الحق فى طلب التفرق لأن زواجها منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيب وإسقاطها لحقها الجنسى .

الشرط الرابع : ألا يوجد منها رضا صراحة أو دلالة بعدم العلم بالعيب فلو تزوجته وهى لا تعلم بحاله ثم علمت به ورضيت بالبقاء معه صراحة أو دلالة لم يكن لها الحق فى طلب التفريق .

وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى المواد من ٩ إلى ١١ على هذه الأحكام وإليك هذه النصوص :

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالمجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١١ : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

السبب الثالث : التفريق للضرر وسوء العشرة :

قد يتعدى الزوج حسن المعاشرة والمعاملة بالحسنى إلى الإضرار بالزوجة فيؤذيها بالضرب المؤلم أو الشتم المقذع أو يتعنت معها فيحملها على الفعل المحرم ، أو يهجر فراشها أو يعرض عنها من غير سبب يبيح ذلك ، فهل أو مثله يخول للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ؟

المذهب الحنفى لا يرى ذلك سبباً صحيحاً يوجب التفريق ، لأنه لم يتعين طريقاً لخلاص الزوجة مما حل بها من أذى ، وعلى القاضى أن يأمره بحسن العشرة وإلا أدبه بما يراه كفيلاً بحمايتها منه .

وقد كان العمل بالمحاكم جارياً على هذا ، إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأجاز أن تطلب الزوجة التفريق بسبب الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين مثيلاتها ، أخذاً من مذهب المالكية ، فإذا استعملت الزوجة هذا الحق وطلبته من القاضى وأثبتت صحة دعواها ، طلقها القاضى طلقة بائنة . قال رسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » . فالإبقاء على الزوجية مع التعنت واساءة العشرة ، مجلبة لأضرار كثيرة قد تتعدى أثارها البغيضة إلى الأبناء والأقرباء وكل من له علاقة بقرابة أو مصاهرة . وإذا عجزت الزوجة عن إثبات دعواها ورفضها القاضى لذلك ، ثم عادت وكررت دعواها وعجزت مرة أخرى عن إثباتها عين القاضى حكماً من أهله وحكماً من أهلها لأن الأقارب أعرف ببواطن الأمور ، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك عين من الأجانب ممن يتوسم فيه الخبرة والقدرة عن الإصلاح وإزالة أسباب الخلاف ، فإن وفق اللّه بينهما رفعا الأمر القاضى بما اتفقا عليه ، وان عجزا عن إصلاح ذات بينهما وقررا أن الاساءة ثابتة من قبل الزوج وحده أو منهما معا أو أشكل الأمر عليهما ولم يعرفا مصدر الاساءة ، فرق القاضى بينهما .

أمـا إذا كـانت الإسـاءة من الزوجـة ، وادعت على الزوج كـاذبة أنه يسئ عـشرتـها فـالقـانون لا يمكنـها من ذلك حتـى لا يكون ذلك طريقـاً إلى إغـراء الزوجـات وفـتح باب النازعات ولكن مـذهب مـالك صـريح فـى أن الإسـاءة إن كانت من الزوجة ، فللحكمين الخيار فى الإبقاء على الزوجية ان رأيا مصلحة فى ذلك وإلا فعلى الزوجة أن تفتدى نفسـها بمال يرضى به الزوج بالغاً مـا بلـغ إذا رأيا أنه لا فـائدة من الإبقـاء على زوجتـه تكون المرأة نكداً عليـه وجحيماً فى بقائها ، ويكون فرض المال مانعاً من الاغراء بالمشاكسة لمثيلاتها والطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على تقرير الحكمين بائن .

ومأخذ أحكام التطليق للضرر كما قلنا ، هو مذهب الإمام مـالك ، ومستنده قوله تعالى : « **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليماً خبيراً** »

هذا ، وقد بينت مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما يشترط فى الحكمين وما يجب عليهما وما يحكم به القاضى وفيما يلى نصوص هذه المواد :

مادة ٦ : إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها ، بما لا يستطـاع مـعه دوام العشرة بين أمثالها يجوز أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضـرر وعـجـز عن الإصـلاح بينهـمـا فـإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) .

مادة ٧ : يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مـادة ٨ : على الحكمين أن يعـرفـا أسـبـاب الشـقـاق بين الزوجين ويبـذلا جهدهما فى الإصلاح فإن إمكن على طريقة معينة قرارها .

مـادة ٩ : إذا عجـز الحكمـان عن الاصـلاح ، وكانت الاسـاءة من الزوج أو

منهما أو جهل الحال ، قررا التفريق بطلقة بائنة .

مادة ١٠ : إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

مادة ١١: على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

هذه هي أحكام التطليق للضرر التي كان معمولاً بها قبل صدور القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فلما جاء هذا القانون استبدل في مادته الثالثة نصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩، ١٠، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بنصوص أخرى تلاقى فيها النقص الذى كان معمولاً به قبل ، وهذه هي النصوص المستبدلة . مادة ٧ : يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لديهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة ٨ : (أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك وعليها تحليف كل دن الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على شهور فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

مادة ٩ : لايؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره . وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على طريقة ممكنة .

مادة ١٠ : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ ـ فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ ـ وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ ـ وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ ـ وان جهل الحال فلم يعرف المسئ منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل

مادة ١١ : على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها ، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبره بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة ٨ .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

هذه هى نصوص المواد التى جاء بها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وأصبحت واجبة التطبيق منذ العمل به .

وبالنظر فيها يتبين أن القانون قد عالج فى هذه النصوص القصور الذى كان موجوداً فى المواد المستبدلة وذلك على الوجه الآتى :

أولاً : ألغت النصوص الجديدة وصف الرجولة فى الحكمين وقد كان شرطا فى النصوص المستبدلة ومن يصح طبقاً لنص المادة السابقة أن يكون الحكمان امرأتين أو امرأة ورجلاً بشرط العدالة .

ثانياً : حددت النصوص الجديدة مدة لقيام الحكمين بعملها وهى ستة شهور يمكن أن تزاد ثلاثة شهور أخرى فقط ، وذلك حتى لا يطول أمد التحكيم أما النصوص المستبدلة فلم يكن فيها لعمل الحكمين مدة محددة .

ثالثاً : أوجبت النصوص على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

رابعاً : طبقاً للنصوص الجديدة فإن امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم لا تأثير له على إستمرار الحكمين فى أداء مهمتهما متى تم إخطاره .

خامساً : فصلت النصوص الجديدة أحكام الصور التى يمكن فرضها عقلاً ووضحت للحكمين مايتبعانه فى كل صورة من حيث التفريق والنتائج المالية . وذلك بعد عجزهما عن الإصلاح وبذل غاية جهدهما فى العرف على أسباب الشقاق .

وصور الإساءة أربعة ، لأن سببها إما الزوج أو الزوجة أو هما معاً أو مجهول :

١ ـ فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ ـ وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترح الحكمان التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ ـ إذا كانت الإساءة مشتركة اقترح الحكمان التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ ـ وإن جهل الحال فلم يعرف المسئ منهما اقترح الحكمان تفريقاً دون بدل وعليهما أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها .

سادساً : ألغت النصوص الجديدة بعث حكمين آخرين إذا احتلف الحكمان واكتفت فقط عند عدم الانفاق ببعث حكم ثالث معهما يكون له

معرفة بالحال وقدرة على الإصلاح ليعاونهما فى أداء مهمتهما وذلك بعد أن تحلفه المحكمة اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الإثبات وقضت فى الدعوى على الوجه الذى أوضحته الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة .

ومع ملاحظة أن التقرير المقدم إلى المحكمة لا يلزم المحكمة بل يعتبر ورقة من أوراق الدعوى ودليلاً للإثبات فيها ويخضع لتقدير المحكمة ، لأن تقرير الحكمين فى حالة اتفاقهما هو أولاً وأخيراً اقتراح منهما بما يريانه يخضع لتقدير المحكمة .

هذا وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية أن أحكام المواد من ٧ ـ ١١ مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما مخرجة على أصوله .

التحكيم فى دعاوى التطليق فى ظل القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

ماذكرناه آنفاً بشأن بعث الحكمين هو ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وقد استمر العمل به جارياً حتى صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى اختصر إجراءات تعيين الحكمين فى دعاوى التطليق فى المادة ١٩ منه ، وأوجب حسم الأمر خلال جلستين متعاقبتين على الأكثر ، وهذه هى نصوص المادة ١٩ من القانون المشار إليه :

ـ فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله ـ قدر الإمكان ـ فى الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه .

- وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين .

- وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما ، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

هذه هى نصوص المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بفقراتها الثلاث ، التى تنظم إجراءات التحكيم ، وباعثها فى ذلك كما تقول المذكرة التفسيرية : الانتهاء من هذه المرحلة فى وقت قصير وقطع الطريق أمام محاولة أى من الخصوم إطالة أمد التقاضى ، وذلك حتى يمكن الفصل فى الدعوى فى وقت معقول .

وهذه المادة تقابل المواد من ٧ ـ ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والتى تحدثنا عنها حالاً ..

ولما كات المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لاحقة على المواد من ٧ ـ ١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم١٠٠ لسنة ١٩٨، فإنه وتبعاً للقاعدة الأصولية أن اللاحق ينسخ السابق بالقدر الذى يتعارض معه ، فإنه يكون من المحتم اعتبار المواد من ٧ ـ ١١ ملغاة بالقدر التى تتعارض فيه مع أحكام المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، أما ما لا يتعارض معها فسوف يظل قائما ومعمولاً به (١) .

وبناء على ذلك فإن المادة ١٩ تكون قد ألغت المادتين ٨ ، ١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

---

(١) خصوصيات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للدكتور أحمد خليل ص ١٣٢ .

ذلك أن المادة ٨ كانت تجيز للقاضي إعطاء مهلة للحكمين للإنتهاء مأموريتهما خلال مهلة لا تتجاوز ستة أشهر ويجب على المحكمة تحليفها اليمين قبل البدء في مأموريتهما ، أما المادة ١٩ / ٢ فقد جعلت المهلة الممنوحة للحكمين هي تلك الواقعة بين جلسة تعينهما والجلسة التالية ، وجعلت تحليف اليمين للحاضر من الحكمين في هذه الجلسة الأخيرة ، أي بعد الانتهاء من المأمورية .

أيضاً المادة ١١ من القانون ٢٥ المعدل والتي كانت تنص على أنه إذا لم يتفق الحكمان بعثتهما المحكمة مع ثالث تعتبر ملغاة ، لأن الفقرة الثانية من المادة ١٩ لم تعول على اختلاف الحكمين وبالتالي لن تمنع المحكمة من الإنتقال إلى نظر الموضوع والحكم فيه . أما المادة السابعة من القانون ٢٥ المعدل ، فهي لا تتعارض مع فقرات المادة ١٩ . لأنها تحدد الشرط الواجب توافرها في الحكمين ، وكذلك المادتين التاسعة والعاشرة اللتان تنظمان كيفية مباشرة الحكمين لأعمال مهمتهما في الإصلاح بين الزوجين .

إجراءات بعث الحكمين :

تتمثل إجراءات بعث الحكمين كما نصت عليها المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي يجب على المحكمة أن تلتزم بها في :

أولاً : يجب على المحكمة تكليف كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله إن أمكن أو من غيرهم وذلك يكون في الجلسة التالية لنظر الدعوى على الأكثر

ثانياً : إذا تأخر أي من الزوجين عن تسمية حكمه أوتخلف عن حضور جلسة تسمية الحكم ، فإن المحكمة تقوم بتعيين حكماً عن الطرف الغائب سواء من أهله أو من غيرهم ، ومقتضى هذا التعيين أن يباشر كل من الحكمين مهمته في الإصلاح بين الزوجين دون حاجة إلى حلف يمين كما ظل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل .

ثالثاً : إذا اتفق الحكمان على نتيجة معينة ، فيجب عليهما الحضور أمام المحكمة فى الجلسة التالية على تعيينهما ليقدما تقريرهما عن هذه المهمة ، أو يقررا شفاهة أمام المحكمة بما خلصا إليه معاً .

رابعاً : إذا اختلف الحكمان أو تخلف أحدهما عن الحضور أمام المحكمة فى الجلسة المحددة ، فإن على المحكمة أن تسمع أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما وذلك بعد حلف اليمين .

خامساً : للمحكمة حرية الاختيار فى الأخذ بما انتهى إليه الحكمان معاً ، أو الأخذ بأقوال أحدهما ، أو عدم الأخذ بأقوالهما أو أقوال أحدهما ، مكتفية بما تستقيه من أواق الدعوى .

سادساً : تعتبر المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بفقراتها الثلاث هى القانون الواجب التطبيق فى المواد التى يستدعى القانون إجراء التحكم فيها ، والتى تتمثل فى قضايا التطليق الآتية :

١ ـ دعوى التطليق للضررالتى تكرر رفعها من الزوجة بعد رفض دعواها الأولى لعجزها عن إثبات ما تدعيه . (مادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩)

٢ ـ دعوى التطليق للضرر المقترنة بالاعتراض على انذار الطاعة (مادة ١١ مكرر ثانتاً من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥)

٣ ـ دعوى التطليق للخلع (مادة ٢٠ / م من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

أما باقى دعاوى التطليق فإن القانون لم سيلزم أو حتى يحيز بشأنها التحكم .

السبب الرابع : التفريق للغيبة :

اختلف الفقهاء فى التفريق بسبب الغيبة :

فالحنفية والشافعية لا يرونها سبباً للتفريق وإن طالت لانعدام ما يصلح أن يكون سبباً لذلك ، وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التى تستوحش منها الزوجة وتتضرر بها وإن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة يجعلها كالمعلقة ، فلا هى زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ولا هى مطلقة تجد فى كنف زوج آخر السعادة ، والهناء ، وأيضاً تصبح محافظتها على العفة والفضيلة أمراً لا تحتمله الطبيعة البشرية ، وهذا ضرر بالغ يجب العمل على إزالته ، ولأن ذلك يفوت الإمساك بالمعروف ، فيجب التسريح بالإحسان .

لكن الحنابلة يرون أن الغيبة لغير عذر انما تكون سبباً فى التفريق إذا كانت ستة أشهر أخذاً من توقيت عمر رضى الله عنه للجند فى المغازى ، فقد روى أنه سأل ابنته السيدة حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها فقال : يابنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا ؟ فقال : لولا أننى أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، فقالت : خمسة أشهر أو ستة ، فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر ويعتبرون الفرقة فسخاً لا طلاقاً .

والمالكية لم يفرقوا بين الغياب لعذر كالتجارة وطلب العلم أو لغير عذر ، كما وأنهم قدروا المدة بسنة ، فان كان الزوج فى مكان مجهول ، طلق القاضى عليه فى الحال وإن كان فى مكان معلوم ، كتب إليه بأن يحضر أو يضمها إليه أو يطلق ويضرب له مدة حسبما يرى فإن انقضت المدة ولم يفعل شيئاً فرق القاضى بينهما ويكون طلاقاً بائناً حتى لا يمكن من المراجعة ، فيعود الضرر ثانياً .

هذه هى أقوال الفقهاء فى التطليق بسبب الغيبة .

وقد كان عمل المحاكم يجرى على عدم التفريق للغيبة بناء على مذهب الحنفية ، إلى أن أصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأجاز التفريق للغيبة ، أخذاً بمذهب المالكية والحنابلة ونص فى المادة ١٢ منه على أنه (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه) ، ونص فى المادة ١٣ على أنه (ان أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه ، إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يقدم عذراً مقبولاً ، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، وان لم يمكن وصول الرسائل إليه طلقها عليه القاضى بلا أعذار وبلا ضرب أجل) .

ويؤخذ من هاتين المادتين أن القانون شرط لجواز التفريق بالغيبة أن لا تكون لعذر أخذاً من مذهب أحمد بن حبل ، وعلى هذا لوغاب الزوج فى بعثة علمية أو لتجارة أو لسفارة مثلاً فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لهذه الغيبة وأنه جعل حد الغيبة الطويلة سنة ، واعتبر الفرقة بسبب الغيبة طلاقاً بائناً وهو مأخوذ من مذهب الإمام مالك مخالفاً فى ذلك مذهب الإمام أحمد الذى حدد أقصى مدة الغيبة التى تتحملها المرأة بعيدة عن زوجها بستة أشهر .

السبب الخامس : التفريق لحبس الزوج :

وهذا السبب أيضاً محل خلاف بين الفقهاء .

فالحنفية لا يرونه سبباً يوجب التفريق ، طالت المدة أوقصرت ، والمالكية يرونه سبباً للتفريق ، كالغيبة سنة فأكثر .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أخذ بمذهب المالكية ، نص المادة ١٤ على أن لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطلب إلى القاضى التطليق بعد مضى سنة من حبسه ، ولو ترك الزوج لها مالا تستطيع الإنفاق منه ، رفعا للضرر اللاحق بها ، فإن فعل يكون الطلاق بائناً .

وقد اشترط القانون مضى سنة من تاريخ القبض على الزوج وحبسه ، كى تمضى عليها مدة تستوحش فيها وتتضرر منها ، لأن الفرقة للحبس انما هى للضرر الو قع بالفعل ، وليست للضرر المتوقع وبالثلاث سنين يكون ميئوساً من عودة الزوج عودة قريبة ، فيستحكم الضرر ان مضت ألى نهاية المدة ، فمتى تحققت الشروط التى نصت عليها المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهى :

١ - أن يصدر حكم بحبس الزوج ثلاث سنوات على الأقل .

٢ - أن يكون الحكم نهائياً .

٣ - أن ينفذ الحكم على الزوج .

٤ - أن تمضى سنة على الأقل من تاريخ تنفيذ حكم الحبس .

كان لزوجة المحبوس أن تطلب إلى القاضى الفرقة بينها وبين زوجها لتضررها وبعده عنها هذه المدة ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها .

وعلى القاضي أن يجيبها إلى بعد إثبات دعواها ويكون طلاقه بائناً .

السبب السادس : التفريق بسبب التعدد :

لا خلاف فى أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات ، وجعلت الإباحة فيه أصلاً وحقاً لمن يلجأ إليه وتقتضيه ظروفه ، ولكنها قيدت إباحته

بقيود تنظيم استعماله وتجعل منه وسيلة للإصلاح وطريقاً لتحقيق المصالح الهامة والأغراض السامية التى قصد المشرع الحكيم تحقيقها والوصول إليها بتشريع هذا الحكم .

بيد أنه نتيجة للجدل العنيف والنقاش الحاد الذى ثار مؤخراً حول مبدأ تعدد الزوجات وتناقلته وسائل الإعلام المختلفة ، فقد صدر القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية . وقد تناول هذا التعديل إضافة مادة سادسة مكرر إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد نصت هذه المادة فى فقرتها الثانية على أنه (يعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم الزواج عليها ، وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج عليه) . ومفاد هذا النص أن مجرد زواج الزوج بأخرى بغير رضا زوجته الأولى ، يعتبر فى حد ذاته إضراراً بها يخول لها حق طلب الطلاق منه ، وكذلك التى أخفى عليها أنه متزوج بغيرها ، وعلى القاضى أن يجيبها إلى طلبها متى قدمت وثيقة زواج زوجها بأخرى أو أنه أقر بحصوله .

وهذه الفقرة من المادة المشار إليها تخالف مخالفة صريحة النصوص الشرعية التى أباحت تعدد الزوجات ، ومن ثم تعتبر تعدياً لحدود الله تعالى، إلا أنها مع ذلك ظلت هى القانون الواجب التطبيق على المنازعات الخاصة بالتعدد على الرغم من مطالبة الغيورين من العلماء وفقهاء الشرعية بإلغائها أو تعديلها ، إلى أن صدر بتاريخ ٤ / ٥ / ١٩٨٥ حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية " دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية (١) .

---

(١) نشر حكم المحكمة الدستورية العليا بالجريدة الرسمية فى ١٦ / ٥ / ١٩٨٥ العدد ٢٠

وبعد أقل من شهرين من حكم المحكمة الدستورية بالغاء القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وافق مجلس الشعب على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية ، ليحل محل القانون غير الدستورى بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات التى تلافى بها ماشاب القانون المشار إليه من قصور وعيوب (١) .

وقد تناول هذا التعديل الذى جاء به القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة الأولى منه إضافة المادة ١١ مكررا إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : (على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية ، فإذا كان متزوجاً فعليه أن

يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

- ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحها ضرر مادى أو معنوى يتعذر دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها .

- فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة . ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً . ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى .

- وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك .

---

(١) صدر هذا القانون برئاسة الجمهورية فى ٣ / ٧ / ١٩٨٥ ونشر بالجريدة الرسمية فى ٤ / ٧ / ١٩٨٥ العدد ٢٧

ماتتضمنه هذه المادة من أحكام :

تضمنت المادة ١١ مكررا ثلاثة أحكام :

الأول : وجوب إقرار الزوج فى وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية ، فإن كان متزوجاً فيجب عليه أن يوضح فى الإقرار إسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد ومحال إقامتهن .

وعلى الموثق إخطار الزوجة أو الزوجات بالزواج الجديد بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول .

وفى حالة إدلاء الزوج ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته . أو عدم إخطار رالموثق الزوجة بالزواج الجديد ، فيعاقب كل منها بالعقوبة المقررة فى المادة ٢٣ مكررا والتى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

---

(١) تنص المادة ٢٣ مكررا والتى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى قانون رقم ١٩٢٩ على ما يأتى : يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٥ مكرر ١) من هذا القانون .

ـ كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الإجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر فى المادة (١١ مكرر ١) .

ـ ويعاقب الموثق بالحبس مدة لاتزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأى من الإلتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفة عن عمله مدة لا تجاوز سنة ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذه المادة خاصة بإلزام المطلق بتوثيق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق كما هو نص المادة (٥ مكرر ١) وقد سبق شرح ذلك وتوضيحه عند الكلام على إثبات الطلاق وكيفية علم الزوجة به .

الثانى : اعتبار إقتران الزوج بزوجة أخرى مسوّغاً يجيز للزوجة التى فى عصمته وقت الزواج الجديد، حق طلب الطلاق منه ، إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، سواء اشترطت عليه فى عقد زواجها ألا يتزوج عليها أو لم تشترط والحكم كذلك بالنسبة للزوجة الجديدة التى أخفى عنها زوجها أنه متزوج بغيرها ، ثم ظهر أنه متزوج ، كما هو نص الفقرة الرابعة من المادة المذكورة ، أى أنه لحقها ضرر مادى أو معنوى بسبب التعدد ، يكون لها الحق فى طلب الطلاق ، كمن تزوج عليها سواء بسواء ، وليس المقصود أن مجرد ظهور أنه متزوج يثبت لها حق الطلاق ، لأن النص واضح فى أنه ساواها بها وأعطاها نفس الحكم وهو : أن لها أن تطلب التطليق كذلك ، أى كمن تزوج عليها متى أصابها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما .

وفى الحالتين على القاضى أن يوفق بينهما ويحاول الإصلاح ما أمكن ، فإن عجز عن الإصلاح طلقها عليه طلقة بائنة .

هذا ويجب أن يكون ملاحظاً ، أن ما يصيب الزوجة التى تزوج عليها زوجها من ألم نفسى ، لا يعد من أفراد الضرر الذى يجير لها حق طلب التطليق ، لأن مصدره المشاعر الإنسانية التى لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها ، وهو أمر إفترض المشرع حدوثه ولم يقصد إلى إزالته ، كما أوضحت ذلك المحكمة الدستورية العليا ، وأكدته محكمة النقض كما يأتى .

الحكم الثالث ـ سقوط حق الزوجة فى طلب التفريق .

يستفاد من نص الفقرة الثالثة من المادة ١١ مكرر ١ ، أن حق الزوجة فى طلب التفريق يسقط بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ، إلا إذا كانت قد رضيت بزواجه صراحة أو ضمنياً ، ويقع فى الحالة على الزوج

عبء إثبات رضا زوجته الصريح أو الضمني بزواجه الجديد ، على أن حق الزوجة يتجدد فى طلب التطليق كلما تزوج أخرى .

هذا هو التعدد فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وقد أحسن صنعاً حين أعطى الزوجة حق طلب التطليق إذا تزوج عليها زوجها ، أو أخفى على الزوجة الجديدة أنه متزوج بغيرها ، وذلك متى لحقها ضرر مادى أو معنوى من جراء هذا التعدد يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الزوجة إذا لحقها ضرر من جراء التعدد نفسه أو من إهمال الزوج لحقوقها ، أن تلجأ إلى القضاء ليعمل على وقايتها من هذا الضرر أو يطلقها .

أما مجرد التعدد فى حد ذاته فليس ضرراً موجباً للتطليق ، لأن الضرر فعل ما لا يجوز شرعاً ، والزواج بزوجة أخرى جائز شرعا بنص القرآن الكريم والسنة الصحيحة وعليه أجمع المسلمون قولاً وعملاً .

وقد أكدت ذلك المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى أغسطس ١٩٩٤ ومما جاء فيه أن الجمع بين أكثر من زوجة بما لا يجاوز الأربع حق لكل رجل وفقاً لصريح النصوص القرآنية التى تأذن بالتعدد ، ولا يجوز للزوجة بالتالى أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لأنه تزوج عليها ولو خالطتها مشاعر نفسية تجاه ضرتها . ذلك أن ما قد يقع بينهما من تباغض يمتد إلى أولادهما ، مرده تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ولا يخلص هو لإحداهما ، وهى تعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها ، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التى تربو عليها وبالتالى لا يكون الزواج اللاحق فى ذاته منشئاً لضرر يخول الزوجة الأولى حق طلب

التفريق بينها وبين زوجها ، وإنما يقوم حقها فى التفريق إذا كان زوجها بعد أن تزوج عليها قد الحق بها أضراراً لا يجوز التسامح فيها بالمقاييس الشرعية وتتعذر بسببها العشرة بين أمثالهما ، ويعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، ومن ثم يكون معيار الضرر موضوعياً لا شخصياً .

كذلك جاء حكم محكمة النقض مؤيداً ومقرراً ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا ، وفيما يلى تنقل هذا الحكم لأهميته ووضوحه ووضعه النقاط فوق الحروف : طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق أحوال شخصية جلسة ٨ من يناير ١٩٩٦ .

الحكم

بعد الإطلاع على الأوراق وسمع التقرير الذى تلاه السيد المستشار القرر / حسن حسن منصور ، والمرافعة ، وبعد المداولة .

حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٦٠٣ لسنة ١٩٨٩ كلى أحوال شخصية دمنهور على المطعون ضده بطلب الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة للضرر ، وقالت بياناً لذلك : إنها زوج له ولا زالت فى عصمته وأنه طردها وأمتنع عن الإنفاق عليها وتزوج بأخرى ومن ثم أقامت الدعوى ، إحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن استمعت لشاهدى الطاعنة حكمت بتاريخ ١٥ / ٥ / ١٩٩٠ بتطليقها على المطعون ضده طلقة بائنة ، أستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالإستئناف رقم ١١٥ لسنة ١٩٩٠ شرعى الأسكندرية " مأمورية دمنهور " وبتاريخ ٢٦ / ٩ / ١٩٩١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض العوى ، طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق

النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن ، وعُرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول : إن الحكم أعتبر أن الضرر النفسى الذى أصاب الطاعنة من زواج المطعون ضده بأخرى ليس إلا نوعاً من الألم الذى أفترض المشرع حدوثه وليس هو الضرر المعنى فى حكم المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مع أن الضرر يلحق الزوجة من جراء ذلك يشمل الضرر بكافة أنواعه مادياً كان أو أدبياً أو نفسياً إذ أن هذا الضرر له ذاتية خاصة .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن النص فى المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه "..... ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ... " مفاده - على ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الشرع أشترط للحكم بالتطليق وفقاً لحكم هذا النص أن تثبت الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما إذ لا يعد مجرد الزواج بأخرى فى حد ذاته ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطليق ، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع عملاً بقوله تعالى :

« وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتادى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك

أدنى ألا تعولوا» .

وما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد ، ومن المسلم به أن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التى لا تبديل لها وأن العمل على خلافها ليس إلا تعدياً لحدود الله ، والمصلحة التى تعارض النصوص القرآنية ليست مصلحة معتبرة ، ولكن أدخل إلى تكون تشهياً تلا يجوز تحكيمها ، وقد أذن الله تعالى بتعدد الزوجات لمصلحة قدرها سبحانه وفقاً لأحوال النفوس البشرية فأقره فى إطار من الوسطية التى تلتزم بالاعتدال دون جور باعتباره أن الأصل فى المؤمن العدل ، فإن لم يستطع العدل فعليه بواحدة لا تزيد عليها حتى لا يميل إلى غيرها كل الميل ، ومن ثم فإن حق الزوجة التى تعارض الزواج الجديد لا يقوم على مجرد كراهيتها لزوجها أو نفورها مدة لتزوجه بأخرى فليس لها أن تطلب فصم علاقتها به لمجرد الإدعاء بأن اقترانه بغيرها يعد فى ذاته إضراراً بها وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهياً عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً ، واقعاً لا متصوراً ، ثابتاً وليس مفترضاً ، مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق فى ذاتها وليس مترتباً عليها ، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التى يمكن التسامح فيها شرعاً ، منافياً لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها ، ويعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هى باعثها فإن لم تكن هذه الزيجة هى المناسبة التى وقع الضرر مرتبطاً بها فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة فى التطليق للضرر وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وإلا كان مجرد الجميع بين امرأتين قرينة قانونية يفترض به الإضرار بالزوجة الأولى ويكون التفريق معلقاً على إرادتها وليس فى نص المادة ١١

مكرراً من الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م . ما يتضمن تعليقاً لأثارالزيجة التالية على إرادة الزوجة التى تعارض بقاءها .

وعلى هذا يكون المشرع قد استبعد الأضرار التى تعود إلى المشاعر الإنسانية التى تعتمل فى صدر المرأة تجاه ضرتها التى مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ، وهذا أمر لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه ، ولم يقصد النص المذكور إزالته . لما كان ذلك ، وكانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر الموجب للتطليق دون رقابة عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما اورده بأسبابه من أن الحكم المستأنف أعتمد فى قضائه على أنه لحق بالطاعنة ضرر معنوى صغيرة السن وصدمت بالزواج عليها وهذا الألم افترض المشروع حدوده فى حالة الزواج بأخرى ، وليس ذلك هو الضرر المقصود بنص المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهذه أسباب سائغة تتفق وصحيح القانون وتؤدى إلى النتيجة التى أنتهى إليها الحكم ، وفيها الرد الضمنى المسقط لما أثارته الطاعنة ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

لذلك

رفضت المحكمة الطعن وألزمت الطاعنة المصروفات مع مصادرة الكفالة ».

السبب السابع :

التطليق بسبب امتناع الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها : أضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الأولى إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مادة جديدة برقم (١١ مكرر ثانياً) (١) أوجب فيها على المحكمة عند نظر الاعتراض المقدم من الزوجة بشأن دعوة زوجها عودتها إلى بيت الزوجية ، أن تتدخل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الزوجين لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا ظهر للمحكمة أن الخلاف بين الزوجين مستحكم وطلبت الزوجة التطليق فعلى المحكمة أن تتخذ إجراءات التحكم فى دعوى الطلاق للضرر والمنصوص عليها فى المواد من ٧ ـ ١١ من الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

هذا الحكم استحدثه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وللحصول على حكم

---

(١) تنص المادة (١١ مكرر ثانياً) على ما يأتى :

ـ إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق نفقة الزوجة من تاريخ الإمتناع . وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر

لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن وللزوجة الأعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد . وعلى المحكمة عند نظر الإعتراض بناء على طلب أحد الزوجين . التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة . فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة هى المواد من ٧ : ١١ من هذا القانون .

المحكمة بالتطليق لهذا السبب ، فيجب أن تتبع الخطوات التالية :

أولاً : أن تمتنع الزوجة عن طاعة زوجها بدون حق ، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر يعد أن يوضح لها فى هذا الإعلان المسكن المدعوة إليه .

ثانياً : للزوجة الحق فى أن تعترض على هذه الدعوة ودخولها فى طاعة زوجها فى مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها ، وعليها أن توضح فى إعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها ، وإلا حكم بعدم قبول إعتراضها .

ثالثاً : على المحكمة عند نظر الاعتراض أوبناء على طلب أحد الزوجين ، أن تتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحاً بإستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة ، فإن وفقت فى ذلك فبها ونعمت ، وبهذا الصلح تنتهى الخصومة .

رابعاً : إذا لم توفق المحكمة فى عودة المياه إلى مجاريها وتبين لها أن الخلاف بين الزوجين مستحكم ولا سبيل إلى الصلح بينهما، وطلبت الزوجة التطليق ، فعلى المحكمة أن تتخذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من ٧ ـ ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

هذا وطلب الزوجة التطليق من زوجها أثناء نظر دعوى الاعتراض على طاعة زوجها يختلف عن دعوى طلب التطليق للضرر وسوء العشرة فى أمرين .

الأمر الأول : فى حالة طلب التطليق أثناء نظر دعوى اعتراض الزوجة صلحا وتبين لها أن الخلاف بينهما مستخدم فعليها أن تتخذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد من ٧ ـ ١١ المشار إليها مباشرة ولا تنتظر عجز الزوجة عن إثبات دعواها مرة بعد أخرى ، كما فى دعوى التطليق للضرر وسوء العشرة .

الأمر الثاني : أن تقرر الحكمين المتفق عليه منهما ، في حالة اعتراض الزوجة على طاعة زوجها وطلبها الطلاق ، ملزم للمحكمة وعليها أن تتقيد به ولا تعمل بخلافه وإلا كان حكمها باطلاً ، وهذا ما قضت به محكمة النقض بجلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٩٠ في الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق حين جاء في حكمها : أن الحكمين في دعوى الاعتراض على انذار الطاعة ، طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ، وأنهما إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضي امضاؤه دون تعقيب .

أما في حالة طلب التطليق للضرر وسوء العشرة ، فإن الحكمين ولو كانا متفقين فيه على رأى واحد ، لا يلزم المحكمة بالأخذ به أو التقيد بما جاء فيه، وما هو إلا ورقة من أوراق الدعوى ودليلاً للإثبات فيها يخضع لتقدير المحكمة . وطبقاً لنص المادتين ١٠ ، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فإن الطلاق الذى يوقعه القاضي في حالة طلب الزوجة تطليقها أثناء نظر دعوى الاعتراض ، يكون طلاقاً بائناً ، كما هو الحال في الطلاق للضرر وسوء العشرة .

هذا ما كان معمولاً به قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، فلما صدر هذا القانون نسخ كل ما يتعارض معه من أحكام نص عليها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، ومن ثم فإن إجراءات التحكيم في دعوى التطليق المقترنة بالاعتراض على إنذار الطاعة ، يسرى عليها ما يسرى على دعوى التطليق للضرر وسوء العشرة ، ولم يعد لرأى الحكمين الحجية التى كانت مقررة من قبل وما هو إلا أمر جوازى للمحكمة كما أوضحناه عند الكلام على بعث الحكمين في دعوى التطليق للضرر وسوء العشرة .

حقــوق الأولاد

يشتمل على الأمور الآتية :

الأول : النسب .

الثانى : الرضاع .

الثالث : الحضانة .

الرابع : النفقة .

ذلك لأن بناء الأسرة بناء قويا لا يتم إلا بثبوت نسب الأولاد من أبويهم حتى يحفظوا من الضياع وبإرضاعهم لأن الرضاع أول مقومات الحياة الأولى وبحضانتهم لحاجتهم الشديدة إلى رعايتهم فى سن الضعف والطفولة وبالولاية عليهم فى النفس والمال إن كان لهم مال لاحتياجهم إلى من يرعى شؤونهم فى التربية والتعليم وحفظ أموالهم واستثمارها وبالإنفاق عليهم قبل البلوغ بسبب عجزهم .

أولاً : النسب :

والكلام فى النسب يجرى فى أمرين :

الأول : فى أسبابه

الثانى : فى ثبوته

وقبل الكلام فى هذين الأمرين نسبقهما بالكلام عن عناية الشارع بالنسب وتحريم التبنى : والإلحاق من طريق غير مشروع .

فنقول : النسب من الدعائم التى تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده ورابطة النسب هى نسيج الأسرة الذى لا تنفصم به عراه وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان إذ لو لاها لتفككت

أواصر الأسرة وذابت الصلات بينها ولما بقى أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها لذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب فقال سبحانه « **وهو الذى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا** »

وحرم الشرع على النساء نسبة ولد إلى غير أبية الحقيقى فقال صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة أدخلت على قوم ما ليس منهم فليس من الله فى شئ ولن يدخله الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة " رواه أبو داود وغيره وهوصحيح (١) . كما منع الشرع الآباء من إنكار نسب الأولاد وانتسابهم إلى غير آبائهم فقال صلى الله عليه وسلم " من ادعى إلى غير أبيه وهويعلم فالجنة عليه حرام " (٢) وهو حديث صحيح رواه البخارى ومسلم .

وحرمت الشريعة نظام التبنى :

ولقد حرمت الشريعة نظام التبنى وأبطلته بعد أن كان فى الجاهلية وصدر الإسلام وقد تبنى النبى صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة قبل النبوة وكان يدعى (زيد بن محمد) إلى أن نزل قوله تعالى « **وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل . ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم** » (٣) . ذكر القرطبى فى تفسيره أنه أجمع أهل التفسير على أن هذه نزلت فى زيد بن حارثة وروى الأئمة

---

(١) رواه النسائى / باب الطلاق / الحديث رقم ٣٤٢٧ ـ سنن الدارمى / باب النكاح / الحديث رقم ٢١٤٠ .

(٢) صحيح البخارى / الفرائض / الحديث رقم ٣٩٨٢ ـ صحيح مسلم / الإيمان / الحديث رقم ٩٥ .

(٣) سورة الأحزاب ـ الآية ٤ ، ٥ .

أن ابن عمر قال : ما كنا ندعوا زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد حتى نزلت « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند اللّه ... » أى أعدل وأحق عند اللّه .

فالعدل يقتضى والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقى لا لأبيه المزور ، والعنصر الغريب عن الأسرة لا ينسجم معها قطعا لا فى خلق ولا دين . وقد تقع مفاسد ومنكرات عليه أو منه للإحساس بأنه أجنبى .

فمن تبنى لقيطا أو مجهول النسب دون أن يدعى أنه ولده لم يكن ولده حقيقة فلا يثبت التوارث بينهما ولا تجرى عليه أحكام التحريم بالقرابة وهو فى هذه الحالة أخ فى الدين منعا من تغيير الحقائق وحفظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع أو الانتقاض وتوفيرا لوحدة الانسجام فى الأسرة .

ولكن لم يمنع الإسلام من تربية ولد لقيط وتعليمه حجبه عن الأسرة بعد البلوغ أو قبله بقليل .

واللقيط هو : الصغير الذى يوجد منبوذا فى طريق أو مسجد أو غيرهما ولا كافل له معلوم حتى ولو كان مميزا . لأن المميز يحتاج أيضاالرعاية (١).

ورعاية اللقيط فرض كفاية إن قام به أحد من المسلمين سقط الإثم عن الباقين وإن لم يقم به أحد معين كانت رعايته واجبة على الدولة وجوبا معينا. واستدل الفقهاء على وجوب رعاية اللقيط بقوله تعالى « **وتعاونوا على البر والتقوى** » . وقوله تعالى « **وافعلوا الخير** » . قوله تعالى « **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا** »

وإنما شرع الالتقاط فى الإسلام ليفتح باب الإحسان على اللقطاء وتقديرا لظروفهم على أوسع نطاق إنقاذا للنفس الإنسانية من الهلاك وإحياء لها . قال تعالى « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً » .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤١٨

حكم التقاطه :

وحكم التقاط اللقيط تجرى عليه الأحكام على التفصيل التالى :

١ - هو فرض عين على من وجده فى مكان يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه

٢ - ومندوب إذا لم يغلب على الظن هلاكه .

٣ - وفرض كفاية على المسلمين إن قام به أحدهم سقط عن الباقين .

٤ - وإن ترك حتى مات أثم الجميع . لأنه نفس بشرية .

٥ - ويحرم طرح اللقيط بعد التقاطه .

الولاية عليه :

الولاية على اللقيط فى نفسه وماله تكون للحاكم وحده . لأنه ولى من ولى له وليس للملتقط ولا لغيره ولاية عليه فى ذلك . كما لا يجوز للملتقط أن ينفق من مال اللقيط إن وجد معه إلا بإذن من القاضى فإن أنفق من غير إذن القاضى ولم يشهد على ما أنفقه ليرجع فى مال اللقيط فهو متبرع .

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفقته فى بيت المال وإذا مات ولم يكن له وارث فتركته لبيت المال .

وللملتقط ولاية تربيته والمحافظة عليه وعلى ماله فيشترى ما يحتاجه اللقيط من طعام وكسوه من ماله ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه ويعلمه علماً أو حرفة ، كما له أن ينقله إلى أى مكان ما لم يترتب على نقله ضرر (١) .

ونسب الولد من أمه ثابت فى كل حالات الولادة شرعية أم غير شرعية أما نسب الولد من أبيه فلا يثبت إلا من طريق الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار بالنسب .

---

(١) المبسوط للسبرخسى ج١٧ ص٧٠ .

وأبطل الإسلام ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولا عن طريق الزنا . فقال ﷺ " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (١) رواه الجماعة .

ومعناه أن الولد يلحق بالأب الذي له زوجية صحيحة والفراش هو المرأة في رأى أكثر الفقهاء ، وقد يعتبر به عن حالة الافتراش .

وأما الزنى فلا يصح سببا لإثبات النسب وإنما يستحق الزاني العاهر الرجم أو الطرد بالحجارة .

وقد دل ظاهر الحديث على أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في الزواج الصحيح أو الفاسد وهو رأى الجمهور .

وروى عن أبي حنيفة أنه يثبت بمجرد العقد لأن مجرد المظنة كافية .

ورد : بمنع حصولها بمجرد العقد بل لابد من إمكان الوطء (٢) .

أسباب ثبوت النسب :

ويثبت نسب الولد من أمه بمجرد ولادته مطلقا سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أو من غير زواج أصلا كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة ويثبت نسب الود من أبيه بواحد من أمور ثلاثة :

١ - الفراش ٢ - الإقرار ٣ - البينة .

أولاً : ثبوت النسب بالفراش :

والفراش في الزواج الصحيح هو : عبارة عن الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وقت ابتداء الحمل .

---

(١) رواه الجماعة إلا الترمذي - والجماعة : أحمد وأصحاب الكتب التسعة / نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٩ .

(٢) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٩ وما بعدها - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢ - البدائع ج ٣ ص ٢١٢ - الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ج ٧ ص ٢٧٦ .

فإذا جاءت الزوجة بولد حال قيام الزوجية الصحيحة بينها وبين زوجها يثبت بالفراش (الزوجية الصحيحة) نسب ولدها منه . إذا توافرت شروط ثبوت النسب بنفس الفراش بدون حاجة إلى بينة ولا إقرار الزوج بالنبوة لقول الرسول ﷺ " الولد للفراش وللعاهر الحجر " (١) أى ينسب الولد لصاحب الفراش وهو الزوج ويثبت نسبه منه . وللعاهر الذى لا يطلب النسل من طريقه المشروع الخيبة والخسران ، وله الحجر .

وإنما ثبت النسب بالفراش من غير حاجة إلى شئ آخر لأن الزوجة مقصورة على زوجها ليس لغيره حق التمتع بها ولا يحل لها أن تمكن غير زوجها من الاستمتاع بها فيقتضى ذلك اعتبار حمل الزوجة من زوجها .

ولا يلتفت إلى حملها من غير زوجها ستراً للأعراض وحفظاً للأنساب وإحياء للولد من الضياع .

ولأن الأصل فى الناس : الصلاح والاستقامة وأن يلزموا حدود اللّه فلا ينتهكوا حرماته .

متى يثبت النسب بالفراش الصحيح ؟

ويثبت النسب بالفراش الصحيح بمراعاة الشروط الآتية :

أولاً : ألا يمون صغيرا . بحيث لا يتصور (عادة) أن يكون الحمل منه . لأن الصغير ليس أهلا لأن تحمل زوجته منه فلا تعتبر زوجته فراشا يثبت به النسب .

ثانيا : أن يثبت التلاقى بين الزوجين من حين العقد لأنه لا يتصور (عادة) أن يكون الحمل من زوج ثبت عدم التلاقى بينه وبين زوجته .

---

(١) انظر : حاشية شهاب الدين الشلبى على الزيلعى ج٣ ص٣٩ ـ والمرحوم عمر عبد اللّه ص٥٧ .

ويرى أصحاب المذاهب الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد أن العقد الصحيح سبب لثبوت النسب إذا كان الدخول ممكنا .

فإذا أثبت أنه غير ممكن أو أنهما لا يتلاقيا ولم يكن فى الإمكان تلاقيهما فإن النسب لا يثبت .

ويرى ابن تيمية وابن القيم (١) أنه لابد لثبوت النسب من الدخول الحقيقي.

أما الحنفية فلا يشترطون ذلك ، فيقولون متى جاء بالولد بعد العقد الصحيح لتمام ستة أشهر فأكثر ثبت سواء ثبت التلاقى بينهما أم لا لأن التلاقى ممكن عقلا والإمكان العقلى كاف لثبوت النسب عندهم محافظة على الولد من الضياع .

ثالثاً : أن تجئ به الزوجة لتمام ستة أشهر فصاعدا من تاريخ عقد الزواج الصحيح عليهما لأن أقل مدة الحمل ستة اشهر .

ولا خلاف فى ذلك بين العلماء . واستدلوا على ذلك : بقوله تعالى « **ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا** » (٢) .

وقوله تعالى « **ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين** » (٣) . والفصال : الفطام .

---

(١) زاد المعاد ج٤ ص١٦٦ .

(٢) سورة الأحقاف ـ الآية ١٥ .

(٣) سورة لقمان ـ الآية ١٤ .

وجه الاستدلال :

دلت الآية الأولى على مدة الحمل والفصال معاً . ودلت الآية الثانية على مدة الفصال وحده . وبإسقاط مدة الفصال التى هى أربع وعشرون شهراً من ثلاثين شهراً (مدة الحمل والفصال معاً) تكون مدة الحمل ستة أشهر . ولا يمكن أن تكون هذه المدة أقصى مدة الحمل ، لأن المشاهد فى كل العصور والأحوال يخالف ذلك فاعتبرت السته أشهر أقل مدة للحمل ، لكى يولد حياً (١) .

ومما يؤيد هذا : ما روى أن رجلاً تزوج امرأة فى زمن سيدنا عثمان رضى اللّه عنه فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال له ابن عباس : أما إنها لو خاصمتكم وذكر الآيتين السابقتين فدرء سيدنا عثمان عنها الحد. وإذا كانت المدة معتبرة فى درء الحد لأن الحدود تدرء بالشبهات فتعتبر أيضا فى ثبوت النسب لأنه مما يحتاط فى إثباته حفظاً للنسل وصيانة للعرض .

ومما يتفرع على ذلك :

أ ـ أن المرأة إذ ولدت حال قيام الزواج الصحيح ولداً لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب هذا الولد من زوجها لأنها حين حملت به لم تكن زوجته إلا إذا ادعاه وأقر أنه ابنه ولم يقل إنه من الزنا فإنه يثبت نسبه ويحمل على أن المرأة كانت زوجته فى السر قبل العلن حملا للناس على الصلاح وسترا على الأعراض ومراعاة لمصلحة الولد .

ب ـ أما إذا ولدته لستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد الصحيح عليها ثبت نسب ولدها من زوجها ولا ينتفى نسبه إلا سارع الزوج إلى نفيه وقت ولادته

---

(١) بداية المجتهد ج٢ ص٣٥٢ ـ بدائع الصنائع ج٣ ص٢١١ .

وأن يلاعن زوجته لأنه ينفى نسب ولدها منه برميها بالزنا وهى ترميه بالقذف على ما سبق ذكره فى اللعان . والنفى المعتبر هو ألا يحدث منه ما يدل على الإقرار بالولد فإذا صدر منه ما يدل على إقراره به ثبت نسبه ولا يعتبر نفيه لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفى بعد ذلك .

رابعاً : ألا يمضى على فراق الزوج زوجته أقصى مدة الحمل .

وقد اختلف الفقهاء فى تقدير أقصى مدة الحمل لعدم وجود نص من كتاب ولا سنة يدل على أقصى مدة للحمل .

فقدره الحنفية بسنتين ، والإمام مالك بخمس سنوات ، والإمام الشافعى بأربع سنوات ، وداود الظاهرى بتسعة أشهر ، ومحمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية بسنة هلالية .

ويقول ابن رشد فى هذه المسألة : وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة .

وقال ابن عبد الحكم والظاهرية : وهو أقرب إلى المعتاد والحكم إنما يجب بالمعتاد لا بالنادر .

وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م بشأن تحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية ما نصه :

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبن أغلبهم رأيهم فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين ، والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم ترى الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكثها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى عند التشريع أن

يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة .

وبناءا على هذا الرأى الذى أداه أهل الخبرة من الأطباء وضعت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م ونصها :

لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفـاة .

والمعمول به الآن بعد صدور القانون السالف ذكره أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوما فتحديد أدنى مدة الحمل بسته أشهر ثابتة بالشرع ، وتحديد أقصاها بسنة عدد أيامها ٣٦٥ يوما قرره التشريع الوضعى بناء على الطبيب الشرعى (١) .

ثبوت النسب بالوطء بشبهة

الوطء بشبهة : هو الاتصال الجنسى غير الزنا وليس على عقد زواج صحيح أو فاسد . كوطء امرأة يجدها على فراشة فيظنها زوجته . ومثل وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له أو زفت إليه المرأة خطأ .

فإن أتت المرأة بولد بعد مضى ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه ، وإن أتت به قبل مضى ستة أشهر لا يثبت النسب منه لتأكد أن الحمل حدث قبل ذلك إلا أنه إذا ادعاه ثبت نسبه منه إذ قد يكون وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى (٢) .

---

(١) انظر : بداية المجتهد ج٢ ص٣٥٢ ـ مغنى المحتاج ج٣ ص٣٩٠ ـ المغنى ج٧ ص٤٧٧ ـ المحلى ج١٠ ص٣٨٥ / المسألة ٢٠١١ .

(٢) المغنى ج٧ ص ٤٣١ .

وإذا ترك الرجل الموطءة عن شبهة ثبت النسب من الواطئ كما يثبت بعد الفرقة من زواج فاسد .

أما إن حدث الوطء بغير شبهة وإنما بالزنا فلا يثبت نسب الولد من الزانى للحديث المتقدم (الولد للفراش وللعاهر الحجر) .

ولأن الزنا محظور شرعا فلا يكون سببا لنعمة النسب .

ثبوت النسب بالفراش فى الزواج الفاسد :

تعتبر مدة الحمل فى الزواج الفاسد من الدخول الحقيقى لا من وقت العقد كما فى الزواج الصحيح إذ لا فراش فى الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقى فيراعى هذا فى ثبوت النسب بالفراش فى الزواج الفاسد مع مراعاة الأمور التى تراعى فى ثبوت النسب بالفراش فى الزواج الصحيح .

ويفرغ على ذلك ما يأتى :

١ ـ إذا ولدت المرأة المدخول بها فى زواج فاسد بعد فسخ عقد الزواج الفاسد فإن لم تزد المدة بين المفارقة والولادة عن أكثر مدة الحمل وهى سنة شمسية .

عدد أيامها ٣٦٥ يوما ثبت النسب بالفراش وإن زادت لا تسمع دعوى النسب عند الإنكار .

٢ ـ إذا ولدت المرأة المدخول بها فى زواج فاسد قبل المتاركة أوالتفريق بينهما فإن كانت الولادة لمدة ستة أشهر فأكثر من حين الدخول ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش لاعتبار الحمل حاصلا بعد الخول بناء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ولا ينتفى نسب هذا الولد أصلا .

٣ ـ وإن كانت المدة بين الدخول والولادة أقل من ستة أشهر لا يثبت نسب الولد من الزوج فى الزواج الفاسد بانفراش ولو مضى أكثر من ستة أشهر

من حين العقد .

وإذا أقر من دخل بالمرأة فى الزواج الفاسد أن الولد ابنه ولم يصرح أنه من الزنا ثبت نسبه منه بإقراره لا بالفراش (١) .

إثبات نسب الولد بالقيافة :

إذا تزوجت المعتدة بزوج آخر فى أثناء عدتها من زوج سابق وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فمن الذى يلحق به ؟

وإذا ادعى رجلان أو ثلاثة لقيطا فمن الذى يحكم له به ؟

هل يمكن إثبات الولد فى هاتين الحالتين بالقيافة ؟ أو بالقافة ؟

والقيافة : تتبع الأثر .

والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه الناس .

اختلف الفقهاء على رأيين فى الاعتماد على القافة :

فيرى الجمهور مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور والأوزاعى أنه يحكم بالقيافة لقول عائشة (أن رسول الله ﷺ دخل على مسرور تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تر مجزر أنظر إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض) (٢) رواه الجماعة فقيه دليل على ثبوت العمل بالقافة .

وما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد حكم بالفاقة .

أما الحنفية فيقولون إن الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين فى الولد إلا أن يكون هناك فراش لقوله ﷺ " الولد للفراش وللعاهر الحجر " فإن عدم

---

(١) انظر المراجع الآتية فى الزواج الفاسد والوطء بشبهة : الدر المختار ج٢ ص ٨٥٧ ـ المغنى لابن قدامة ج٧ ص٤٠٠ ـ الفقة الإسلامى وأدلته د. وهبة الزحيلى ج٧ ص ٦٨٨ .

(٢) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٨٢

الفراش أو اشتراكا فى الفراش كان الولد بينهما ولا يعمل بقول القائف . بل يحكم بالولد الذى ادعاه الاثنان لهما جميعا (١) .

الإقرار بالنسب :

النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار .

والإقرار بالنسب نوعان :

١ ـ إقرار بثبوت نسب المقر له من نفس المقر ابتداء ثم يتعداه إلى غير مثل الإقرار بأن هذا الولد ابنه . ففيه ثبوت نسب الولد من هذا المقر ثم يتبع ذلك أن يكون أبو المقر جدا له وأخوه عما له وأولاده إخوة له وهكذا .

٢ ـ إقرار بثبوت نسب المقر له من غير المقر ابتداء ثم يتعداه إلى نفسه مثل إقرار الرجل لآخر أنه أخوه فهذا يقتضى أولا أن يكون المقر له ابنا لوالد المقر ثم يكون أخا للمقر ولسائر إخواته وكذا الإقرار لآخر أنه عمه . ولكل من النوعين حكم يخصه .

فأما النوع الأول :

أى الإقرار بأصل النسب وهو النبوة والأبوة : فيثبت بالشروط الآتية :

أولا : أن يكون المقر ببنوته مجهول النسب لأنه لو كان ثابت النسب من غير المقر لا يصح الإقرار ؛ لأن النسب الثابت لا يقبل الفسخ .

ثانيا : أن يكون ممن يولد مثله لمثل المقر . لأنه إن كان المقر له لا يولد مثله لمثل المقر كان الظاهر مكذبا هذا الإقرار فلا يصح .

ثالثا : أن يصدقه المقر له على إقراره إذا كان أهلا للتصديق بأن كان فى سن التمييز ، أما إذا كان غير مميز فإنه يعتبر مصدقا تقديرا لأنه فى ثبوت

---

(١) انظر : بداية المجتهد ج٢ ص ٣٥٢ ـ المغنى ج٧ ص ٤٨٣ ـ الأحوال الشخصية د. وهبة الزحيلى ج٧ ص٦٨٠ ـ نيل الأوطار ج٦ ص ٢٨٢ .

نسبة مصلحا له . وإذا أنكر هذا النسب بعد أن كبر لا يسمع منه لأن النسب متى ثبت لا يقبل الإبطال من الأب أو الابن .

ومتى تحققت هذه الشروط ، ثبت النسب بالإقرار وصار ابنا له وأصبح له ما لأبنائه الآخرين من حقوق على والديهم ومنها النفقة والميراث .

وأما النوع الثانى :

وهو الذى فيه حمل النسب على المقر ابتداء ثم يتعدى إليه نفسه . كالإقرار بالأخوة أو العمومة . فهذا لا يثبت به النسب به ممن حمل عليه . لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر وليس حجة على غيره إلا إذا صدقه هذا الغير أو أقيمت عليه بينة .

وبناء على ذلك . إذا أقر شخص لآخر أنه أخوه فلا يكون ابنا لأبيه ولا أخا لأخوته ولا عما لأولاده . وإنما يترتب على هذا الإقرار معاملة المقر نفسه بإقراره فى حق نفسه فقط . فإذا كان المقر له بالأخوة فقيرا وجبت نفقته على أخيه المقر . وإذا مات المقر وليس له ورثة أصلا أو له زوجة فقط أخذ المقر له كل تركته فى الحالة الأولى ، وما بقى بعد أخذ الزوجة تصيبها فى الحالة الثانية .

وإذا مات أبو المقر له يشارك المقر فيما ورثه من أبيه إما مناصفة أو للذكر مثل حظ الأنثيين ولا دخل له فى أنصبة سائر الورثة لعدم قيام الدليل على أخوتهم وله .

ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره (١) .

---

(١) أنظر الأحوال الشخصية للدكتور / أحمد الغندور ص ٥٧٦ .

إثبات النسب بالبينة :

والبينة التى تثبت بها النسب هى : شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبى حنيفة ومحمد وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبى يوسف .

والشهادة تكون بمعاينة الشهود به أو سماعه فإذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه جاز له أن يشهد وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه لا يحل له أن يشهد لقوله ﷺ لشاهد " ترى الشمس ؟ قال نعم . قال : على مثلها فاشهد . أو دع" (١) .

لكن لو حدث نزاع بين الزوج وزوجته بأن تدعى الولادة وينكر الزوج أو يعترف بالولادة وينكر الولد الذى عينته فعلى الزوجة البينة . ويكفى فى البينة هنا شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة معروفة بالعدالة . فقد ثبت أن النبى ﷺ أجاز شهادة القابلة .

وذلك لأن النسب بالفراش . والمراد إثباته هنا هو الولادة وتعيين المولود وهما من الأمور التى لا يطلع عليها غير النساء .

قال ابن شهاب الزهرى : (قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن) .

كما للزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها بشهادة الطبيب الذى باشر ولادتها أو بشهادة رجل شاهد ولادتها بدون قصد .

---

(١) رواه البيهقى والحاكم وصحح إسناده وتعقبه الذهبى فقال بل هو حديث واه .

الشهادة بالتسامع لإثبات النسب :

التسامع : استفاضة الخبر واشتهار بين الناس وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع . كما هو الشأن فى الزواج أو الزفاف ودخول الزوجة والرضاع والولادة والوفاة .

قالوا : لأن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خواص الناس فإذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام المترتبه عليها كالإرث وحرمة الزواج .

ولكن اختلف الفقهاء فى بيان المراد من التسامع :

١ - فقال أبو حنيفة : هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين .

٢ - وقال المالكية : أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم واشترطوا أن يقول الشهود سمعنا كذا ونحوه .

٣ - وقال الشافعية فى روايات راجحة عندهم والحنابلة فى الأصح : شرط التسامع سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم (أى توافقهم) على الكذب بحيث يحصل به العلم (أى اليقين) أو الظن القوى بخبرهم .

٤ - وقيل : أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل وامرأتان لأن القاضى يحكم بشهادة شاهدين ولو لم ير المشهود به أو يسمعه بنفسه (١) .

---

(١) انظر المراجع الآتية : البدائع ج ٦ ص ٢٢٦ - الدسوقى ج ٤ ص ١٩٨ - مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٤٨ - المغنى ج ٩ ص ١٦١ - سبل السلام ج ٤ ص ١٣٠ .

(١) سورة البقرة / الآية ٢٣٣ .

الحق الثانى : حق الرضاع :

الحق الثانى من حقوق الأولاد هو إرضاع الصغير وسوف نبين أحكام هذا الحق بالتفصيل على النحو التالى :

أولا : هل يجب الإرضاع على الأم .

ثانيا : ما الحكم إذا امتنعت .

ثالثا : أجرة الرضاع لمن وعلى من وكيف تقدر وما مدتها .

رابعا : ما الحكم إذا وجدت متبرعة بالإرضاع .

ولما كانت الأم أقرب الناس إلى ولدها وأشفق عليه من سواها فهى أحق من غيرها بأن تقوم بإرضاعه متى أرادت ذلك .

ومن الخير والمصلحة للطفل . أن ترضعه أمه بنفسها لكونها أكثر الناس حنانا ورفقا واهتماما به فليس للأب أن يمنعها من ذلك .

حق التربية والعناية به ثابت لها وفى انتزاعه منها وإعطائه لمرضعة غيرها مضار لها مادامت تريد إرضاعه بنفسها .

قال تعالى « **لا تضار والدة بولدها** » (١) .

لكن هل يجب الإرضاع على الأم ؟

اتفق الفقهاء على وجوب الإرضاع على الأم قضاءا فى ثلاث حالات :

أولا : ألا يقبل الطفل الرضاع إلا من ثدى أمه فيجب إرضاعه إنقاذ له من الهلاك ، لتعيين الأم . كما تجبر المرضعة على استدامة الإجازة بعد مضى مدتها إذا لم يقبل ثدى غيرها .

ثانيا : ألا توجد مرضعة أخرى سواها فيلزمها الإرضاع حفاظا على حياته .

---

(١) سورة البقرة / الآية ٢٣٣ .

ثالثا : إذا عدم الأب لاختصاصها به أو لم يوجد لأبيه ولا للولد مال لاستئجار مرضعة فيجب عليها إرضاعه لئلا يموت .

لكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك .

فقال الجمهور : إن الإرضاع بالنسبة للأم مندوب فى حقها لا تجبر عليه ولها أن تمتنع إلا عند الضرورة .

وذهب المالكية : إلى الوجوب وتجبر عليه قضاءا حيث لا عذر إذا كانت فى الزوجية أو معتدة من طلاق رجعى .

إلا المرأة الشريفة لثراء أو حسب فلا يجب عليها الإرضاع إن قبل الولد الرضاع من غيرها لجريان العرف بذلك .

وقال الشافعية : يجب على الأم إرضاع اللبا وهواللبن النازل أول الولادة لأن الولد لا يعيش بدونه غالبا وغيرها لا يغنى .

وقال الظاهرية : يجب على الأم الإرضاع مطلقا إلا إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها .

ومنشأ الخلاف بين الوجوب والندب هو الأمر الوارد فى النص فى قوله تعالى « **والوالدات يرضعن أولادهن** .... »

فقال الجمهور : إنه أمر الندب وإرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن إلا إذا لم يقبل الولد ثدى غير الأم .

وإنما ندب الأم إرضاع ولدها لأن لبن الأم أصلح للطفل وشفقة الأم عليه أكثر ولأن الرضاعة حق للأم كما هو حق للولد .

ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يستدعى الإجبار .

وقال المالكية : الأمر وارد على جهة الوجوب فيجب على الأم إرضاع ولدها إذا كانت فى الزوجية الحقيقية أو الحكمية واستثنوا من ذلك الشريفة كما تقدم .

لكن ما الحكم إذا امتنعت الأم عن الإرضاع ؟

وجب على الأب أن يستأجر مرضعة وتسمى ـ ظئرا ـ لإرضاعه محافظة على حياة الولد . وعلى الظئر المستأجرة أن ترضعه عند أمه لأن الحضانة حق لها وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها فى الحضانة لأن كلا منها حق مستقل عن الآخر .

فإن لم يستأجر الأب مرضعة كان للأم أن تطالبه قضاءا بدفع أجرة الرضاع لتستأجر هى من ترضعه .

أجرة الرضاع :

تجب أجرة الرضاع على الأب لأنه الملزم بالنفقة على الصغير وتكون الأجرة واجبة على من تجب عليه النفقة . لقوله تعالى « **وعلى المولد له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** » وقوله سبحانه « **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ».

وعلى الأب خمس نفقات للولد الصغير :

أجر الرضاع . أجرة الحضانة . نفقة المعيشة من فرش وغطاء ... الخ .

وأجرة مسكن الحضانة الذى فيه الأم . وأجرة خادم له إن احتاج إليه .

ولكن يلزم الأب بالنفقة على الصغير إذا لم يكن للصغير مال . فإن كان له مال . فالأصل أن نفقة الإنسان فى ماله صغيرا كان أو كبيرا .

مقدار الأجرة :

والأجرة التى تستحقها الأم هى أجرة المثل وتقديرها متروك للقاضى .

فلو طلبت الأم أكثر من ذلك لا تجاب لطلبها .

هل تأخذ الأم أجرة على الرضاع :

إذا أرضعت الأم ولدها الصغير هل تأخذ أجرة من الأب ؟

١ ـ إن كانت الأم فى الزوجية أو معتدة من طلاق رجعى لا تستحق أجرة

على الرضاع فى هذه الحالة ، لأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع .

إلا أن المالكية قالوا : كذلك - إن كان الرضاع واجبا على الأم وهو الحالة الغالبة . أما إن كان الرضاع غير واجب على الأم كالشريفة فإنها تستحق الأجرة على الرضاع .

٢ - وتستحق الأم الأجرة على الرضاع إذا لم تكن فى الزوجية أو كانت فى عدة الوفاة أو معتدة من طلاق بائن .

ما هى المدة التى تستحق عليها الأجرة ؟

واتفق الفقهاء على أن مدة الاستحقاق للأجر عن الرضاع هى سنتان فقط فمتى أتم الطفل حولين كاملين لم يكن للمرضع الأم الحق فى الحق فى المطالبة بأجرة الرضاع .

لكن إن وجدت الأم ومتبرعة بالرضاع أيهما يفضل ؟

تقدم الأم إذا تبرعت بالرضاع أو لم تطلب زيادة على ما تأخذ الأجنبية أو لم توجد مرضعة إلا بزجره ، رعاية لمصلحة الصغير ، لأن الأم أكثر نفعا لوفور حنانها وعاطفتها عن غيرها ، ولأن فى منع الأم من إرضاع ولدها إضرار بها . وهو لا يجوز .

٥٣ ـ الحضانة (١) .

تعريف الحضانة (٢) :

الحضانة لغة ، ضم الولد وتربيته

الحضانة شرعاً ، تربية الولد ، لمن له حق الحضانة

والحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضن ، صيانه للصغير ووقاية له عما يهلكه أو يضره وتتمثل فى امساكه وحفظه فى مبيته أو فى ذهابه وفى مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته ، من إطعام ولباس وتنظيف لجسده وموضعه ودهنه ومداعبته .

ورحم الله الشافعي إذ يقول : هى مراقبته على اللحظات حتى لا يهلك .

من له حق الحضانة :

المقصود بمن له حق الحضانة ، معرفة من له هذا الحق هل هو الصغير أو الحاضن ، فإن كان حقاً للصغير وجب على الحاضن القيام بالحضانة قضاء ويجبر عليها إذا امتنع .

وإذا كان حقاً للحاضن فإنه يكون غير واجب عليه القيام بالحضانة قضاء ومن ثم فلا يجبر عليها إذا امتنع وقد اتفق فقهاء الحنفية على أن الأب يجب عليه إمساك الولد ، وحفظه وصيانته ويجبر على ذلك إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق الصغير عليه .

واختلفوا فى وجوب حضانته على الأم ونحوها من النساء فى المرحلة التى يكون فيها محتاجاً لخدمة النساء وفى جبرها إذا امتنعت .

وذهب بعضهم إلى أن الحضانة حق المحضون ومن ثم يجب على الأم ونحوها حضانة الولد وتجبر على القيام بها . فذهب بعضهم إلى الحضانة حق الحضانة ومن ثم لا يجب على الأم ونحوها حضانة الولد ولا تجبر عليه إذا امتنعت لأن صاحب الحق لا يجبر على استيفائه .

---

(١) الدكتور / أحمد فراج حسين

(٢) الحضانة بكسر الحاء وفتحها مصدر الحاضن والحضانة ، وحضان جمع حاضن المذكر والمؤنث منه سواء والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه .

لكن المحققين من فقهاء المذهب يرون أن الراجح فيمن له حق الحضانة الذى ينبغى أن يكون عليه الحكم والقضاء هو أن الحضانة حق للحاضن والمحضون جميعاً وبهذا القول يمكن التوفيق بين القولين المتقابلين ويؤيده ما جاء فى بعض الكتب المعتمدة من أن الحضانة حق للحاضن والمحضون وما أفتى به بعض المفتين من فقهاء المذهب ورجح به أن الحضانة حق للحاضن والمحضون وأن حق المحضون أقوى من حق الحاضن .

وتبعاً لذلك يكون القول بأن حق الحضانة للحاضنة فلا يجبر محمول على ما إذا لم تتعين لها لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها ، ويكوز القول بأنها حق المحضون فتجبر محمرل على ما إذا تعينت للحضانة لعدم وجود من يحضن غيرها .

وقد أكد هذا المعنى كل من صاحبى رد المحتار والفتح فنصا على أن الحاضنة إذا لم توجد غيرها أجبرت بلا خوف ، وإذا وجد غيرها لم تجبر بلا خلاف . وبناء على ذلك إذا تعينت الأم أو غيرها لحضانة الصغير بأن كان لا يوجد سواها من ذوى الرحم المحرم أو كان يوجد من يليها فى الإستحقاق ، ولكنه يرغب عنها أو أن مصلحة الصغير لا تقتضيه ، أو لم يكن للولد مال ولا أب له ولم توجد من تتبرع بحضانته من ذوات الرحم المحرم أجبرت على الحضانة .

أما إذا لم تتعين على هذا النحو فإن وجد غيرها ، ممن تتوفر فيه شروط الحضانة فإنه يكون عندها لأن فيه رعاية لمصلحة المحضون إذ سوف يكون فى حضانة من هو أهل لها . ومما يترتب على القول بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون أن الحاضنة إذا تنازلت عن حقها ورضى من يليها فى استحقاق الحضانة بالحضانة ثم عن لها بعد ذلك ، أن تطالب بها فلها ذلك وتجاب إلى طلبها ولو كان قد سبق حكم باسقاط الحضانة إلى غيرها ما دامت أهلاً لها لأنه إذا بطل حقها فى استحقاق الحضانة بتنازلها يبقى حق الولد فى أن تحضنه من هى أقرب إليه ويكون إبطالها حقها من قبيل إلتزام

ما لا يلزم ولها حق الرجوع فيه على أنها لا تملك هذا التنازل لأن كون الولد في يدها لم يقصد به مصلحتها الذاتية وإنما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شئ لا تملكه يعتبر ضرباً من اللغو .

ولو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك له الولد نظير هذا الخلع ، صح الخلع ، وبطل الشرط فلها أن تطلب حضانة ولدها بعد ذلك لأن الحضانة حق الولدكما هى حق الأم فلا تملك الأم إسقاط حقه مادام محتاجاً إليها .

وحاجة الولد فى الحضانة إلى أمه بخصوصها لا تكون إلا إذا تعينت للحضانة حتى لا يضيع الولد .

ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة :

يثبت حق الحضانة للرجال والنساء ، على ما هو أنفع للمحضون وأصلح إلا أن النساء بها أليق لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن للبيوت . وقبل بيان أقوال الفقهاء فى ترتيب المستحقين للحضانة نشير إلى أنه مما لا خلاف فيه بينهم أن للأب ومن يقوم مقامه من الرجال إذا لم يكن الولد فى حضانته حق تعهده عند حاضنته ، بالإشراف على عمل الحاضنة وبالنظر فى شأن المحضون : من تأديب وبعث إلى التعليم المناسب ونحو ذلك لأن نفقته وصيانته واجبة عليه بالإجماع .

كذلك أجمع الفقهاء على أن الأم إذا كانت قد توفرت لها أهلية الحضانة أنها تكون أحق بإمساك الولد وتربيته من الأب ، ومن غيره حال قيام الزوجية ، وحال انقضائها لحكم الرسول ﷺ(١) وإجماع الصحابة (٢) .

---

(١) أخرج أحمد وأبو داود وصححه الحاكم عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، إن امرأة قالت: يا رسول الله ، أن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وأن اباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال لها رسول الله ﷺ :«أنت أحق به ما لم تنكحى» فقد دل هذا الحديث عى أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضى استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها وأقرها ﷺعلى ذلك وحكم لها .

(٢) روى أبى شيبه ، وعبد الرازق فى مصنفيهما ، ومالك فى الموطأ "أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فاراد أن يأخذه منها فتجانباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبى بكر فقال له أبى بكر يا عمر مسحها وحجرها وريحها خير له منك ، حتى يشب الصغير وقد كانت مقالة أبى بكر لعمر ﷺ

ولأن الأم أقرب إلى وليدها وأشفق عليه ولا يشاركها فى القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته أو أجنبية وأمه أولى من امرأة أبيه الأجنبية ومن أجنبية .

وإذا لم توجد الأم أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة انتقل حق الحضانة إلى من يليها من النساء وقد اختلف الفقهاء فى ترتيبهن اختلافاً واسعاً ونكتفى هنا فى ترتيب المستحقات بعد الأم ، على المذهب الحنفى الذى هو القانون الواجب التطبيق .

والمستحقون للحضانة فى المذهب الحنفى يختلفون باختلاف سن المحضون فقبل استغناء الصغير عن خدمة النساء يكون الأحق بالحضانة عندهم: النساء المحارم على أن يراعى أن قرابه الأم مقدمة ، على قرابه الأب والجد.

فإن لم يوجد للصغير محرم من النساء انتقل الحق إلى محارمه من الرجال العصبة فإن لم يوجد له محرم عاصب انتقل حق الحضانة إلى محارمه من الرجال غير العصبة فإن لم يوجدوا انتقلت الحضانة إلى من يثق به القاضى رجلا أو امرأة .

بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً .

إذن فالحضانة فى المذهب الحنفى فى الفترة الأولى من عمر الولد تكون :

أولا : للنساء المحارم .

ثانيا : للرجال المحارم من العصبات .

ثالثا : للمحارم من غير العصبات .

رابعا : لمن يثق به القاضى .

أما بعد استغناء الولد عن خدمة النساء فتكون حضانته للعصبة المحارم من الرجال ، وفيما يلى بيان ترتيب كل صنف من هذه الأصناف .

أولا : ترتيب النساء :

١ ـ الأم ، للإجماع .

٢ ـ أم الأم ، أى الجدة لأم ، وإن علت ، لأن هذه الولاية مستفادة من قبل الأمهات فكانت أولى من غيرها .

٣ ـ أم الأب وإن علت لأنها أم فى نفسها كأم الأم ، والأم مقدمة على غيرها فى الحضانة والقربى من الجدات لأم أو لا تحجب البعدى فلا حق للبعدى عن أهلية القربى .

٤ ـ أخوات المحضون وتقدم منهن الشقيقة على من كانت لأم أو لأب لأن الشفقة بالقرابة وذو القرابتين أشفق فكان بالحضانة أولى وأحق . كانت لأم على من كانت لأب لأن ثبوت هذا الحق بقرابة الأم ثم من لأب لأنها أخت لها شفقة وأقرب من غيرها مما بعدها .

٥ ـ بنات الأخوات الشقيقات أو الأم وتقدم بنات الأخوات الشقيقات على بنات الأخوات لأم .

٦ ـ الخالات تلى مرتبتهن مرتبة بنات الأخوات الشقيقات أو لأم وتقدم التى لأم على الخالة لأب . وكانت مرتبة الخالة تالية لمراتب الأخوات مطلقاً ، وبنات الأخوات الشقيقات أو لأم لأن الأخت الشقيقة بنت الأبوين ، ولأم بنت الأم ، ولأب بنت الأب .

ولأن بنت الأخت الشقيقة من ولد الأبوين الأخت لأم من ولد الأم ، فكن لذلك جميعاً أقرب من الخالات لأنهن بنات الجد ، والحضانة مدارها الشفقة وقرب القرابة هى مظنة هذه الشفقة والشفقة مراتب ، تعرف بدرجة القرابة فأعلاها قرابة الأم وأدناها قرابة العمة لأب .

٧ ـ بنات الأخوات لأب ، لأن شفقتهن دون شفقة بنات الأخوات لأم .

٨ ـ بنات الأخوة ، تقدم منهن الشقيقة ثم من كانت لأم ، ثم كانت لأب ، وكانت مرتبتهن تالية لمرتبة بنات الأخوات ، لأن الأخوات لهن حق فى الحضانة دون الأخ فكان المدلى بهن أولى .

٩ ـ العمات ، يلين بنات الأخ لأنهن وإن اشتركن فى الإدلاء للمحضون بالذكر ، إلا أن بنت الأخ أقرب لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد ، وكانت الخالات أولى من العمات وإن تساوين فى القرب ، لأن الخالات يدلين بقرابة الأم فكن أشفق ، وتقدم من العمات العمة الشقيقة ثم لأم ثم لأب .

١٠ ـ خالة الأم ، وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب .

١١ ـ خالة الأب ، الشقيقة ثم لأم ثم لأب .
١٢ ـ عمة الأم الشقيقة ثم لأم ثم لأب .
١٣ ـ عمة الأب الشقيقة ثم لأم ثم لأب .

وهذا آخر الدرج فى استحقاق النساء المحارم للحضانة ، وأما بنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات فلا حق لهن فى الحضانة لأنهن غير محرم .

ثانيا : ترتيب المحارم من العصبات :

إذا لم يوجد من النساء محرم للصغير انتقل حق حضانته إلى المحارم من العصبات والترتيب بينهم كالترتيب فى باب الميراث وولاية النكاح .

وعلى ذلك ، فإن أولى المحارم من العصبات استحقاقاً للحضانة هو الأب ثم الجد لأبوان علا ثم الأخ الشقيق ثم لأب ، ثمابن الأخ الشقيق ثم لأب وإن نزل ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم إن كان المحضون غلاماً فإن كانت أنثى لم يكن له الحق فى طلب الحضانة سواء كانت المحضونة مشتهاة أو غير مشتهاة لأنه رحم غير محرم فلا يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لا يكون له أن يضمها وأن كانت ولاية التزويج له ، باعتبار العصوبة .

وإذا تساوى من لهم الحق فى الحضانة كأخوة أشقاء ، وطلب كل منهم ضم الصغير إليه فيقدم أصلحهم ديناً وروعاً ، لأنه انفع للمحضون إذ هو يتخلق بأخلاقه ، فإن تساووا فى التفضيل فأكبرهم سناً ، لأن حقه أسبق ثبوتاً فعند التعارض يترجح به .

ثالثا : ترتيب المحارم من غير العصبة :

إذا لم يوجد للولد أحد من أهل المرتبة الثانية انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبة على الترتيب التالى : الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم ولا حق لابن العمة والخالة والخال فى الحضانة كما لا حق لبنت العمة والخالة والخال وسواء كان المحضون ذكراً أو أنثى لأن شرط ثبوت ولاية الحضانة للأقارب غير العصبة المحرمية وولد العمة ونحوه وإن كان قريباً إلا أنه غير محرم للمحضون فلا تثبت له هذه الولاية .

رابعاً : من يثق به القاضي :

إذا لم يوجد أحد من الأصناف المتقدمة فإن أمر الصغير أو الصغيرة يكون مفوضاً إلى القاضي يسلمه لمن يشاء بحيث يثق به ويعتقد أنه يقوم بمصالح الصغيرة ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة كابن العم بالنسبة لبنت عمه وبنت العم بالنسبة إلى ابن عمها لأن الولاية له فيراعى الأصلح (١) .

شروط الحضانة

ولاية الحضانة ثبتت على الولد لحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك حتى يبقى النوع الإنساني إلى الوقت المقدر فى علم الله تعالى ، وثبتت أيضاً لتربيته تربية قويمة حتى يشب على الجادة المستقيمة ولما كان الحفظ والتربية يقومان على القدرة على القيام بمصالح المحضون وعلى القدوة الصالحة والأسوة الحسنة اشترط الشارع فيمن يتولى هذه الولاية الخطيرة شروطاً كثيرة ، لم تعهد فى غيرها من سائر الولايات ، وذلك لما لها من أثر بالغ الأهمية فى حياة الولد فإنه يتوصل بها فى مستقبل أيامه إلى حياة حرة كريمة مستقلة يعتمد بعد تجاوزها على نفسه ويكون لبنه صالحة فى بناء مجتمعه ورقيه وهذه الشروط بعضها عام يجب توافره فى كل من يقوم بالحضانة سواء كان من الرجال أو النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال وفى جميع الأحوال : الأب والأم كسائر الحواضن :

وفيما يلى بيان هذه الشروط

يشترط فى الحاضن رجلاً أو امرأة :

أولا : أن يكون بالغاً فلا حضانة لصغير أو صغيرة .

ثانيا : أن يكون عاقلا فلا حضانة لمجنون أو المعتوه :

---

(١) هذا وقد صاغ القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى الفقرة الخامسة وما بعدها من المادة ٢٠ من هذه الأحكام المشار إليها فى ترتيب أصحاب الحق فى الحضانة بما لا مزيد عليه .

والدليل على هذين الشرطين أن كلا من الصغير والمجنون والمعتوه فى حاجة إلى من يحضنه ويقوم بشئونه فمن باب أولى لا يحضن غيره ولا يقوم على شئونه ولأن الحضانة ولاية ولا ولاية لكل على نفسه فمن باب أولى لا ولاية له على غيره .

ثالثا : أن يكون قادراً على حفظ المحضون فلا حضانة لعاجز عنها كالأعمى (١) والأصم والأخرس ومن أعجزه كبر سنه أو دوام مرضه لأن الطفل في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظاً من مراقب لا يسهو ولا يغفل عنه لأوشك أن يهلك .

والأعمى والأصم أو نحوهما: لا تأتى منه المراقبة والملاحظة بالمعنى المذكور لأنه إما مشغول بنفسه كالمريض مرضا دائما وإما لا سبيل له لتلبية طلبات المحضون ومراقبة أمره ، كالأعمى ونحوه .

رابعا : أن يكون أمينا ويتمثل شرط الأمانة فيما يأتى :

١ - أن لا يكون الحاضن فاسقاً لأن الفاسق غير أمين على نفسه فلا يصح أن يكون أميناً على غيره ولأنه لاحظ للولد فى حضانته لأنه ينشأ على طريقته وقد ضرب الفقهاء أمثله للفسق الذى يجعل الحاضن غير أمين ومما قالوه أن يكون شريراً أو مشتهراً بزنا أو لهو محرم أو يكون سارقاً.

وتقدير الفسق الذى يضع به الولد والذى لا يضيع به متروك أمره للقاضى وهو فى كل حالة تعرض عليه يتحرى الوقائع ويحكم فى الأمر المعروض عليه بالحضانة أو بعدمها تبعاً لما يراه من تحقق الفسق الذى يضيع به الولد والذى لا يضيع به .

٢ - أن لا يكون الحاضن مهملا فلا حضانة لمن يمهل الطفل كمن ينشغل عنه بالخروج فى كل وقت ويتركه ضائعا لأنه يكون غير أمين عليه والطفل فى يده فى حكم الأمانة ومضيع الأمانة لا يستأمن (٢) .

(١) فى لأشباه لابن خيم إن الأعمى أن امكنه حفظ المحضون كأهلا وإلا فلا .

(٢) ذهب بعض الفقهاء: أن الحاضن لو اشتغل بالصلاة كأن صالحاً كثير الصلاة قد استولى عليه محبة لله تعالى وخوفه حتى شغله عن الولد ولزم ضياعه انتزع منه .

فضلاً عن أن كثرة الخروج تفوت المقصود من الحضانة أو تجعل المحضون عرضة للضياع والهلاك . وسواء كانت كثرة الخروج لمعصية أو طلباً للكسب وتحصيلاً للقوت مادام يترتب عليها ضياع المحضون ومقتضى التعليل بضياع المحضون أن الحاضنة إذا كانت تخرج من المنزل لأداء عمل مشروع تحصيلاً للكسب وطلباً للقوت كالمدرسة أو الطبيبة أو الممرضة أو نحوهن لا تسلب عنها ولاية الحضانة إذا لم يترتب على خروجهن لأداء أعمالهن ضياع الولد . وذلك كأن تتركه في مكان أمين وتقيم عليه من يؤتمن عليه حتى تعود لأن العمل قد يتعين لكسب العيش ولا يستغرق في العادة إلا جزءاً من النهار دون الليل ، وفي مكنه من تقوم به أن توفق بين عملها خارج مسكن الحضانة وبين واجباتها كحضانة .

٣ - أن يكون الحاضن ، مقيما بالولد في مكان مأمون لأن الإقامة بالمحضون في مكان غير أمين ومخوف منه على نفس الصغير أو ماله تعريض بالولد للضياع ولماله بالسرقة وذلك يعتبر إهمالا في أخص شأن من شئون الحضانة وهو : الحفظ .

ومن صور عدم أمان المسكن إقامة الحاضن بالولد ، في بيت المبغض له ولو كان قريباً له فإذا تزوجت الأم بأجنبي مثلاً وسقط حقها في الحضانة وانتقلت الحضانة إلى أمها فإن أقامت به مع زوج ابنتها كان للأب أن يأخذه منها لأن إقامة الحاضن عند المبغض له يعرضه للأذى والضياع .

خامسا : ألا يكون الحاضن مرتداً : لأنه لا حضانة للمرتد رجلا أو امرأة لأن الرجل مستحق للقتل والمرأة مستحقة للحبس .

سادسا : اتحاد الديانة : لا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي على أنه إذا بلغ المحضون حدا يخاف عندها أن يألف غير الإسلام (١) ، أو يعقل الأديان (٢) . أن يكون الحاضن له متحداً معه في الدين رجلاً كان الحاضن

---

(١) كأن تأخذ الحضانة غير المسلمة ولدها إلى معابدها أو كان تغذية بلحم الخنزير أو تسقيه الخمر وإن لم يعقل دينا .

(٢) وقد جعلوا بلوغ سن السابعة حد العقل الصغير الأديان لصحة إسلامة حينئذ .

أو امرأة بعدا بالمحضون من الوقوع في الفتنه .

أما إذا كان المحضون صغيراً لا يعقل الأديان ولا يخاف عليه أن يألف غير الإسلام فلا يخلوا الأمر من أن يكون الحاضن رجلاً أو امرأة .

فإن كان رجلاً فلا خلاف في أنه يشترط لثبوت حضانته أن يكون متحداً في الدين مع المحضون لأن الحضانة ولاية على النفس سبيلها المصوبة والتوارث واختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره .

وعلى هذا فحضانة الرجل مشروطة دائما بكونه متحداً في الديانة مع المحضون أما إذا كان الحاضن امرأة فإنه لا يشترط في ثبوت حضانتها لولدها الصغير الذي لا يعقل الأديان ولا يخاف عليه أن يألف غير الإسلام أن تكون متحدة الدين معه على ما ذهب إليه الحنفية لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي متوافرة الفطرة ولا تختلف باختلاف الدين ومن لا عقل له لا يميز بين دين ودين ، ومن ثم فلا يكون في بقائه معها خوف عليه من الوقوع في الفتنة . فإذا عقل وخيف عليه من إيلاف غير الإسلام نزع منها لأن بقاءه في يدها عندئذ يكون إضراراً به .

سابعاً : إذا كانت الحاضن امرأة فيشترط فيها :

ألا تتزوج بغير ذي رحم محرم من الصغير (١) فإن تزوجت بغير ذي رحم محرم من الصغير أي بأجنبي سقط حقها في الحضانة ، لما رواه أحمد وغيره أن امرأة قالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان في بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال :" أنت أحق به ما لم تنكحي" . فهذا الحديث صريح في أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب ، إذا لم تتزوج فإذا تزوجت سقطت حضانتها ولأن حق الحضانة ثبت نظراً للصغير وقد فات بزواج الحاضنة بأجنبي عنه ، لأن شأن الأجنبي أن يبغضه ويتمنى موته لأنه يراه غريمه في حب زوجته ، فيعطيه لذلك نذرا وينظر إليه شذراً وذلك يلحقه الجفاء والمذله ويربي فيه الخنوع والإستكانه .

وفي ذلك من الضرر بالصغير وبالجماعة التي ينتمي إليها ، مالا يخفى

---

(١) العبرة في الرحم المحرم أن يكون من جهة النسب ، فلو كان من جهة الرضاع كالعم رضاعا فلا عبرة به ويكون شأنه شأن الأجنبي .

وهذا بخلاف ما إذا تزوجت الحاضنة بذى رحم محرم من الصغير لأنه لما له من الشفقة الباعثة على نفع المحضون ورعاية أمره سوف يتعاون مع أمه على كفالته وتربيته على أحسن الوجوه لأنه يشاركها فى القرابة والشفقة عليه فاشبه الأم إذا كانت متزوجة بالأب ومن ثم سوف لا يشعر الولد فى كفالته بأنه غريب عنه .

ثامنا : إذا كان الحاضن رجلاً فيشترط فيه فضلاً عما سبق ذكره أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أنثى وعلى هذا لا يكون للرجل الحق فى حضانة ابنة عمه ليس محرما لها سدا لذريعة الفساد والفتنة .

بيد أنه وكما سبق أن ذكرنا إذا انتقلت الحضانة إلى القاضى لعدم وجود حاضن من النساء أو الرجال ذوى الرحم المحرم جاز له أن يتعهد بها إلي ابن عمها إذا كان مأمونا عليها ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده .

هذه هى شروط الحاضن كما هى فى المذهب الحنفى فإذا توفرت فى شخص ثبتت له الحضانة إذا كان ترتيب المستحقين للحضانة قد انتهى إليه ومتى ثبت له ثم سقطت عنه لعذر أو لغير عذر وانتقلت الحضانة إلى من يليه فى المرتبة ثم زال عذره أو من له أن يطالب بها فإن له فى جميع الأحوال حق المطالبة بعودتها إليه ثانية لأن الحضانة لا تسقط بالإسقاط وإنما تمنع بموانعها وتعود بزوالها .

ولأن حق المحضون أقوى من حق الحضانة فإذا اسقطت الحضانة حقها بقى حق المحضون فى أن تحضنه من هى أقرب .

وتعود الحضانة بمجرد زوال المانع أو طلبها إلا من كانت قد امتنعت حضانتها بالتزويج وكان طلاقها رجعياً فإن حقها لا يعود إليها إلا إذا انقضت عدتها .

أجرة الحضانة

الحاضنة إما أن تكون أما وإما أن تكون غيرها من سائر الحاضنات

فإن كانت أما وكانت زوجيتها بأبى المحضون قائمة ، أو كانت معتدة له من طلاق رجعى أو بائن فلا تستحق أجرة على الحضانة ، لأن النفقة ثابتة لها فلا يجمع بين النفقة والأجرة .

فإذا انقضت العدة استحقت أجرة الحضانة لأن نفقة الولد لما وجبت فى ماله ، إن كان له مال وإلا فعلى من تجب عليه نفقته كان من جملتها ، الإنفاق على حاضنته التى حبست نفسها لأجله عن التزويج فضلاً عن أن الأب ، غير قائم بالإتفاق عليها .

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم ، فإنها تستحق الأجرة ، لأن المعنى الذى أوجب الأجرة للأم فى حال عدم قيام النكاح وهو أن الأب لا يقوم بالإنفاق عليها فى غير الأم .

وأجرة الحضانة غير أجرة الإرضاع ، وغير نفقة المحضون وعلى هذا فتجب على الأب ثلاث : أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد .

ولما كانت أجرة الحضانة فى نظير عمل تقوم به الحاضنة وهو خدمة الصغير وتربيته فإن الحاضنة تستحقها من وقت قيامها بها ومن غير توقف على قضاء القاضى وتكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء ، أو الإبراء .

أجرتا خادم للمحضون ومسكن للحاضنة :

١ ـ أجرة الخادم :

لا خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى على أن الصغير إذا كان محتاجاً إلى خادم أنه يفرض على أبيه أجرة خادم ، لأنه يكون من كفايته كالنفقة والكسوة .

٢ ـ أجرة المسكن :

أما أجرة المسكن الذى تحضن فيه الحاضنة الصغير فإن كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا خلاف فى أنه لا تفرض لها أجرة مسكن لأن الولد ليس محتاجاً إليه .

وأما إذا لم يكن للحاضنة مسكن فالراجح فى المذهب أنه يجب على الأب أجرة المسكن . لأن وجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تسكن عند غيرها ففى هذه الحالة يفرض لها أجرة مسكن تحضن فيه الصغير لأن أجرة المسكن من النفقة والنفقة واجبة على الأب .

مسكن الحضانة فى ظل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم

١٠٠ لسنة ١٩٨٥ (١) :

أضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة ١٨ مكرر ثالثاً استحدث فيها حكماً جديداً بشأن مسكن الحضانة ، حيث نص فى هذه المادة على أنه : على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة . وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء العدة . ويخير القاضى الحاضنة بين الإستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الإحتفاظ به قانوناً .

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها .

هذا هو نص المادة ١٨ مكرر ثالثا ، وطبقا لما ورد بها ، فإنه أصبح من حق الحاضنة أن تستقل بمسكن الزوجية ، إذا توافرت الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن تكون المطلقة حاضنة ، أى لها من زوجها المطلق أولاد صغار فى مرحلة الحضانة ، أو أن تكون الحضانة قد آلت إليها بعد سقوطها عن الأم ، وأن تتوفر فيها شروط الحضانة التى سبق أن ذكرناها ، فإذا لم تكن حاضنة أو لم تتوفر فيها شروط الحضانة ، فلا يكون من حقها الإستقلال بمسكن الزوجية .

الشرط الثانى : أن تكون مدة الحضانة إلزامية ، وهى المدة التى تنتهى ببلوغ الولد العاشرة من عمره والبنت الثانية عشرة ، وبعد بلوغ المحضون هذه السن يسقط حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية ويعود للزوج المطلق حقه فى الإنتفاع بالمسكن مادام له حق الإحتفاظ به قانوناً .

---

(١) المقصود بمسكن الزوجية فى هذا المقام : المكان الذى كان يقيم فيه الزوجان وأولادهما إقامة معتادة وقت الطلاق .

أما الإذن ببقاء الولد حتى سن الخامسة عشرة والبنت حتى تتزوج ، فهو أمر جوازى للقاضى لا يرتب للحاضنة حقاً فى شغل مسكن الزوجية ، ويكون عليها حينئذ أن تسكن الأولاد معها من مالهم أن كان أو من مال من تجب عليه نفقتهم على أن تكون هذه النفقة شاملة للطعام والكساء والسكنى ، ذلك لأن هذه المدة وكما تقول محكمة النقض فى الطعن رقم ٦ لسنة ٦٢ق الصادر بتاريخ ١٣ / ١١ / ١٩٩٥ ، لم ترد فى نص المادة الثامنة عشرة مكرر ثالثاً ، حدا لمدة حضانة النساء ولا تعتبر امتداداً لها ، وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء ، سواء تم هذا الإستبقاء بإذن القاضى أو برضاه ذوى الشأن .

الشرط الثالث : ألا يكون الزوج المطلق ، قد أعد لها ولمحضونها المسكن المستقل المناسب خلال مدة العدة ، إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً وألا يكون قد هيأ لها ولمحضونها المسكن المستقل المناسب خلال مدة العدة أو بعدها إذا كان منزل الزوجية غير مؤجر ، بأن كان مملوكاً للمطلق ، أو حائزاً له بسبب آخر من الإيجار .

وعلى ذلك ، إذا كان المطلق قد هيأ لها ولمحضونها مسكنا آخر مناسبا على مسكن الزوجية ، خلال فترة العدة ، إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً ، أو بعد انقضاء العدة إذا كان غير مؤجر ، فلا يكون من حقها الإستقلال بمسكن الزوجية فى الحالين ، ويكون من حق المطلق الإحتفاظ به .

الشرط الرابع : ألا ترضى بأن يقدر لها القاضى أجر مسكن مناسب ، أما إذا رضيت حين يخيرها القاضى بين الإستقلال بمسكن الزوجية وبين فرض أجر مسكن مناسب لها وللمحضون ، فلا يكون من حقها الإحتفاظ بمسكن الزوجية .

هذا ومما ينبغى ملاحظته أن استقلال المطلقة وصغارها بمسكن الزوجية كما أوردته المادة ١٨ مكرر ثالثا ، جاء مطلقاً غير مقيد بكون الصغارلهم مال أو ليس لهم مال ، ويكون الحاضنة لها مسكن خاص تسكن فيه أو ليس لها مسكن خاص .

فالمطلق فى جميع الأحوال يجب عليه أن يتخلى عن مسكن الزوجية ، سواء أكان للصغار مال أو ليس لهم مال . وسواء أكان للحاضنة سكن خاص أو

ليس لها سكن خاص ، مادامت لم ترض بفرض أجر مسكن مناسب ، ومادام المطلق لم يعد المسكن المناسب خلال مدة العدة إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً ، أو خلال مدة العدة أو بعدها إذا كان غير مؤجر ، وقد استمر العمل على هذا الوضع باعتباره القانون الواجب التطبيق ، إلى أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٦ من يناير سنة ١٩٩٦ حكمها رقم ▪ لسنة ٨ قضائية "دستورية" بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر ثالثا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية . وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا : ألزمها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكناهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ، مؤجراً كان أم غير مؤجر .

ثانيا : تقييدها حق المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً ، بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ، واقعاً خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته .

ويستفاد من منطوق حكم المحكمة الدستورية وحيثياته ، أن اختصاص المطلقة وصغارها بمسكن الزوجية أصبح مقيدا بعد صدور هذا الحكم بثلاثة قيود :

القيد الأول : عدم إعداد المطلق السكن المناسب للمطلقة وصغارها .

أما إذا أعد لها ولصغارها السكن المناسب ، فلا يكون لها الحق في الإحتفاظ بسكن الزوجية على ألا يتقييد إعداد المطلق لهذا السكن بزمن محدد ، يستوى في ذلك أن يكون سكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر ، لأنه وكما تقول المحكمة الدستورية إن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقاً بعين المكان الذى يهجعون إليه يكون مناسباً شرعاً لأمثالهم ، فلا يكون إعداده مقيداً بزمن معين .

القيد الثاني : عدم ملكية الصغار مالا حاضراً يدبرون منه سكناهم ، لأنه

إذا كان للمحضون مال فلا حق للمطلقة فى الإحتفاظ بشقة الزوجية ، لأن المقرر شرعاً أن الإنسان نفقته فى ماله ، ومادام للصغار مال فتظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم .

القيد الثالث : عدم وجود مسكن خاص لحاضنة الصغار تقيم فيه ويأوى الصغار تبعاً لها ، مؤجراً كان هذا المسكن أو غير مؤجر . ذلك لأن حق الصغار فى السكن حينئذ ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم ، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين ، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب باعتباره من مؤونتهم .

هذا وما تضمنته المادة ١٨ مكرر ثالثا ونصت عليه فيما عدا ذلك فهو باق على حاله ، وهو ما نصت عليه فى الفقرتين ٤،٥

حيث أن الفقرة الرابعة تعطي للمطلق الحق فى عودته بعد انتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الإحتفاظ به قانونا . وهو ما يتمخض لمصلحته .

أما الفقرة الخامسة والأخيرة : فهى لا تفصل فى موضوع الحقوق المدعى بها أمام المحكمة الدستورية ، ولكن فى منازعات الحيازة التى يكون مسكن الزوجية مدارها ليكون قرار النيابة فى شأنها وقتياً فاصلاً فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها ، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الإختصاص للفصل فى ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين ، دون إخلال بأصل الحق المراد بينهما .

التبرع بالحضانة

إذا تبرعت الحاضنة التى ثبت لها حق الحضانة كانت أحق بحضانة الولد ولو وجدت متبرعة مثلها ، لأنها أقرب وفى بقاء المحضون بيدها نفع له ، لأن الشفقة بقرب القرابة وبعدها أما إذا امتنعت عن حضانته إلا بأجر ووجدت متبرعة بالحضانة فلا يخلو الأمر من أن تكون المتبرعة أجنبية عن الولد أو لا وعلى كل حال فإما أن يكون الأب معسراً أو لا وفى كل إما أن يكون للولد

مال أو لا .

فإن كانت المتبرعة أجنبية عن الولد بأن كانت من غير أهل الحضانة كمن لا قرابة بينها وبين المحضون أصلاً ، أو كانت قرابتها غير محرمية كبنت العم فإن الحاضنة تكون أولى بحضانة الولد بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة مطلقاً أى سواء كان الأب موسراً أو معسراً وسواء كان للصغير مال أو لم يكن له مال لأن فى نزع الولد من حاضنته وتسليمه للأجنبية المتبرعة ضرر به ، لقصور شفقتها فلا يعتبر معه الضرر فى المال لأن الحرمة فى المال دون الحرمة فى النفس فإن المال خلق لحماية النفس وقضاء مصالحها .

أما إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة ، بأن كانت ذات رحم كالعمة والخالة والأخت والجدة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه موسراً فإن حاضنته تكون أوى بحضانته بأجر المثل من الأجنبية المتبرعة أيضاً لأن الولد إذا لم يكن له مال كان أجر الحضانة واجباً على أبيه ويقاؤه فى يد الحاضنة الأقرب ، فيه نفع له لأن الشفقة معتبرة بقرب القرابة ولا ضرر على الأب الموسر ، بإلزامه الأجرة لأنها واجب عليه .

وأما إذا كان الأب موسراً أو معسراً وكان للمحضون مال فيقال للحاضنة أما أو غبرها إما أن تمسكيه مجاناً أو تدفعيه للحاضنة المتبرعة صوناً لما له ، لأن الولد إذا كان له مال كانت أجرة الحاضنة واجبة من ماله وفى إعطائه للمتبرعة إعفاء له من الأجرة وفى هذا حفظ لماله ولا ضرر عليه فى اعطائه للمتبرعة لتحقق الشفقة لأنها من المحارم .

كذلك لو كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للولد مال وكان أبوه معسراً لا يستطيع دفع الأجرة لأن عطاء الولد للحاضنة بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للحضانة يؤدى إلى الإضرار بالأب ، بسبب ولده وهو لا يجوز لقوله تعالى : « **لا تضار والدةَ بولدها ولا مولود له بولده** » .

وفى جميع الأحوال يشترط فى المتبرعة أن تكون موسرة بأن تكون قادرة على الإنفاق على الولد وأن لا تمنع الأم عن رؤية ولدها وتعهده عندها وأن لا يوجد أحد ممن هو أولى منها فى المرتبة متبرعاً مثلها .

فإن تخلف أحد هذه الشروط فلا يصار إلى تبرعها ويبقى الولد عند الحاضنة التى تطلب الأجر .

ومما تقدم يتبين أن التبرع بالحضانة يختلف عن التبرع بالرضاع لأن المتبرعة بالرضاع ولو أجنبية تقدم على الأم ، إذا طلبت أجراً على الرضاع ، وكذلك لو طلبت غير الأم أجراً على الرضاع أقل من الأجر الذى تطلبه الأم فإن الأجنبية تقدم عليها ولو كان كل من الصغير وأبيه موسرين ، أما المتبرعة بالحضانة فإن كانت غير محرم للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق فيها .

وإن كانت محرماً فلا تقدم كذلك على صاحبة الحق إلا إذا كانت الأجرة واجبة فى مال الولد أو كان الأب معسراً وامتنعت صاحبة الحق عن تربيته مجاناً ، والسر فى هذا الإختلاف أن المقصود من الرضاع التغذية ، والتغذية كما تتحقق من المحارم تتحقق من غيرهم ومن ثم لا يكون فى تقديم المتبرعة أو من تطلب أجراً أقل مما تطلبه الأم إضراراً بالولد . أما الحضانة فالمقصود منها تربية الولد وتعهده بالرعاية والتأديب والتهذيب وهذه أمور تحتاج إلى شفقة وحنان وعطف وهى أمور لا توجد فى البعيدات ، ولأنه كلما قربت درجة القرابة كان توافر الشفقة أكثر .

وإذا امتنعت الأم أو من يليها فى المرتبة عن حضانة الولد وكان الأب معسراً ولم يكن للصغير مال فإن الأم تجبر على الحضانة صيانة للولد عن الهلاك وتفرض الأجرة على الأب أو على غيره ، تبعاً لا عساره أو عدم قدرته على التكسب .

زمن الحضانة

لا خلاف فى أن الحضانة تبدأ بولادة الطفل حياً وعلى أن المحضون ذكراً أو أنثى يبقى فى يد حاضنته إلى أن يبلغ حد الإستغناء عن خدمتها لما جبلت عليه النساء من الصبر والشفقة والحنان .

فإذا بلغ حد الإستغناء عن خدمتها فلا يخلو الأمر من أن يكون ذكراً أو أنثى ولكل حالة حكم فإن كان ذكراً بقى فى حضانة النساء ، إلا أن يبلغ حد الإستغناء عن خدمتهن ثم يضم إلى عاصبه من الرجال .

وبلوغ حد الإستغناء إناطة بعض الحنفية بقدرة المحضون على الأكل والشرب واللبس والوضوء وحده ، من غير تقدير بسن معينة . وذكر الخصاف ، أن حده سبع سنين ، وقدره أبو بكر الرازى بتسع سنين ، لأنه لا يستغنى عادة قبل بلوغ هذه السن (١) .

فإذا بلغ الغلام حد الإستغناء ضم إلى عاصبه من الرجال لأنه إذا استغنى عن خدمة النساء يحتاج إلى التأديب والتخلق بأداب الرجال وأخلاقهم ، والرجل على ذلك أقدر . وإذا كان المحضون أنثى ، بقيت فى حضانة النساء ، إلا أن تبلغ حد الإشتهاء ثم تضم إلى عاصبها الرحم المحرم .

وقد اختلف فى حد الإشتهاء فقيل ليس له حد مقدر ، لأنه يختلف باختلاف حال المرأة وفى قول: أن بنت إحدى عشرة سنة مشتهاة فى قولهم جميعاً وقدر بعضهم حد الإشتهاء بتسع سنين وعليه الفتوى .

وفى جميع الأحوال : إذا بلغت البنت حد الإشتهاء كان العاصب أحق بها بعد ذلك لأنها بعد بلوغها هذا المبلغ من السن تحتاج إلى حمايتها وصيانتها وحفظها لأنها عرضة للفتنة ومطمعاً للرجال والأب أو العاصب مطلقاً أقوى وأقدر على دفع خداع الفسقة وكشف حيلهم وعلى صيانه البنت فكانت مصلحتها بعد بلوغها هذا الحد فى الكون عند أبيها أو من يقوم مقامه .

هذا وقد كانت المحاكم تسير على المفتى به فى المذهب الحنفى فكانت تحكم بانتهاء الحضانة بالنسبة للغلام إذا بلغ سبع سنين وعلى انتهاءها بالنسبة للأنثى إذا بلغت تسعاً إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فنص فى المادة «٢٠» منه على أن" للقاضى أن يأذن بحضانه النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك" .

وعلى ذلك يكون نص المادة المذكورة قد راعى كلا التقديرين بالنسبة للصغيرين فجعل السبع حداً أدنى والتسع حداً أعلى بالنسبة للصغير وجعل

(١) الفتوى فى المذهب الحنفى على قول الخصاف لأن الأب مأمور بأن الصبى بالصلاة إذا بلغ سبعاً قال ﷺ «مروهم للصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر وفرقوا فى المضاجع »

التسع حداً أدنى والإحدى عشرة حداً أعلى بالنسبة للصغيرة .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذه المادة : أن العمل جرى إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعاً وقد دلت التجارب على أن هذه السن قد لا يستغنى فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان فى خطر من ضمهما إلى غير النساء خصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً بغير أمهما ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت .

وقد رأى المشرع لهذا أن المصلحة قد دعت إلى إيراد هذا النص وبمقتضاه يكون للقاضى الحرية فى تقدير النظر فى مصلحة الصغير بعد بلوغه سبع سنين ومصلحة الصغيرة بعد بلوغها تسع سنين فإن وجد أن مصلحتها فى بقائهما تحت حضانة النساء ، قضى بذلك إلى تسع سنين فى الصغير وإلى إحدى عشرة فى الصغيرة وعى العكس من ذلك إن رأى أن مصلحتهما لا تقتضى هذا البقاء فى أيدى النساء قضى بضمهما إلى غير النساء . والمقصود بالسنة التى تحتسب بها مدة الحضانة السنة القمرية التى عدد أيامها ٣٥٤ يوماً لأن هذا هو الأصل فى تقدير السنين فى النصوص الشرعية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

على أن الغرض من هذا التحديد وضع معيار مادى لإنتهاء هذه المرحلة منعاً للنزاع وإلا فمناط انتهائها هو الإستغناء عن خدمة النساء فلو احتاج المحضون إليها بعد هذا التحديد بأن كان معتوهاً أو طرأ عليه العتة فإن حضانته تمتد ما بقى محتاجاً إليها .

إنتهاء حق الحضانة فى ظل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

لما كان مدار الحضانة على نفع المحضون ورعاية مصلحته وتوفير المناخ الملائم لإطمئنانه واستقرار نفسيته ، فقد استبدل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى مادته الثالثة نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بنص آخر كما يلى :

مادة ٢٠ ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء

الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه الفقرة من المادة المذكورة أن العمل كان جارياً على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغيرة ببلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة . وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والإطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز القانون بعد هذه السن ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الإمام مالك (١) فى هذا الموضع ، على أنه فى حالة ابقائها فى يد الحاضنة بهذا الإعتبار لا يكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجرة حضانة وإنما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

رؤية المحضون

لا خلاف فى أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده وزيارته إذا كان فى حضانة أمه أو غيرها من النساء وعلى أن للأم حق رؤية ولدها وزيارته ، إذا كان بيد أبيه ، أو من يقوم مقامه من العصبة لما فى ذلك من الصلة والمودة ولأن للأب حق تعهد المحضون وتأديبه وإلحاقه بالتعليم وهو لا يمكن من أداء ذلك كله إلا بزيارته والوقوف على حاله وعلى من يريد منهما رؤية ولده أن يذهب إليه ، فى منزل الآخر حيث لا خلوة محرمة ولا ريبة بل بحضور محرم أو امرأة ولا يطيل أحدهما الحديث مع الآخر أو ينبسط فيه لأن الفرقة بينهما

---

(١) المنصوص عليه فى الفقة المالكى أن الولد يبقى فى يد حاضنته إلى أن يبلغ عاقلا وأن الأنثى تبقى فى يد حاضنتها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها .

مانعة من تبسط أحدهما فى منزل الآخر ، فإذا لم يؤمن الخلوة أو كان ثمة ريبة فى حصول الزيارة فى منزل من بيده المحضون كانت الزيارة فى منزل أحد الأقارب أو الأصدقاء .

زيارة المحضون أبويه :

إذا أراد المحضون أن يزور أباه أو أمه كان له ذلك وينبغي على الأب أو الأم على حسب الأحوال أن يجيبه إلي طلبه ولا يمنعه من ذلك لما فيه من الإغراء إلى قطع الرحم غاية الأمر أن من امتنع منهما عن ارساله لا يجبر عليه . وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده إليه أولى .

أما إذا مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه سواء كان ذكراً أم أنثى ، لأنها أهدى إلى التمريض وأصبر من غيرها ولأن المحضون بالمرض صار كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره .

ويحصل التمريض فى منزل الأب إذا كانت الحاضنة له أمه ما لم يكن مانع أو فى منزل الأم ، ويعوده الأب عندها كلما أراد .

ميعاد الزيارة :

تتم الزيارة على العادة نهاراً لا ليلاً مرة فى كل أسبوع بالنسبة للأم ومرة فى كل شهر بالنسبة لغيرها ، وعند التنازع يقوم بتحديد ميعاد الرؤية أو مكانها يعين موعداً دورياً ومكاناً مناسباً ويكلف من عنده الولد احضاره ليراه الآخر فيه وإذا امتنع عن احضاره أجبره عليه .

هذه هى الأحكام المنظمة لحق رؤية كل من الوالدين أو من يقوم مقامهما ولده الصغير متى كان فى يد أحدهما ، وقد صاغها القانون رقم١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى الفقرة الثانية وما بعدها من المادة رقم٢٠ والتى استبدل بنصوصها نصوص المادة رقم ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الوجه التالى :

- لكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر انذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

هذه هى الفقرات التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المادة رقم٢٠ المستبدلة ومنها ومن المذكرة الإيضاحية يتبين :

أولا: أن حق رؤية المحضون ثابت لكل من الأبوين ولكل من الجدين عند فقد الأبوين .

ثانيا : أن رؤية المحضون تتم فى الأصل بالإتفاق بين والدى المحضون من حيث الزمان والمكان المناسب لرؤية كل منهما صغيرة عند الآخر .

ثالثا : إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظم القاضى هذا الحق وكيفية تنفيذه ومكان تنفيذه وعلى الأب والأم أن يتخيرا مكاناً مناسباً لا يضر بالمحضون نفسياً كأقسام الشرطة وإذا حدد القاضى مكانا للرؤية لزم من بيده المحضون امتثال أمره .

رابعا : منع تنفيذ حكم الرؤية قهراً وإجباراً على من امتنع من الأبوين عن تمكين أحدهما من رؤية الصغير حيث لا يجوز للمحضن أن يجبر من بيده الصغير على إخراجه ليراه صاحب الحق فى الرؤية ولكن على المحضر إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بمجرد إعلانه له ، أن يثبت ذلك فى إعلانه وأسباب امتناعه عن التنفيذ .

خامسا : إذا امتنع من بيده المحضون عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر كان لصاب الحق من الأبوين أو الجدين عند فقدهما ، أن يلجأ إلى القاضى طالباً منه إنذار من بيده المحضون تمكينه من رؤيته .

ولما كانت الدعوى حينئذ دعوى تمكين لحكم الرؤية فإنها تبقى قائمة حتى يرى صاحب الحق المحضون . فإذا تكرر امتناع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية وأثبت ذلك صاحب الحق أمام القاضى . جاز للقاضى أن يصدر حكماً واجب النفاذ فوراً بنقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه فى المرتبة وذلك

لمدة يقررها فى حكمه .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، وذلك إعمالاً لنصوص المادة رقم٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وهذه الأحكام ظلت معمولاً بها حتى صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير أو تسليمه كما نص عليها القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ :

عالج القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى المواد من ٦٥ - ٧٠ الأحكام الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الخاصة بشأن تسليم الصغير أو رؤيته وما فى حكمهما وذلك على الوجه الآتى :

مادة ٦٥ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة .

مادة ٦٦ يجدر تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات .

ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ .

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال بذلك :

مادة ٦٧ ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الإجتماعية ، وذلك ما لم يتفق الحاض والصادر لصالحه الحكم على مكان آخر .

- ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع المطمئنينة فى نفس الصغير .

مادة ٦٨ على قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

مادة ٦٩ يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .

مادة ٧٠ يجوز للنيابة العامة ، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء ، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم

لها بذلك أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبقاً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها .

- ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ، ويكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير .

التعليق على المواد :

يبين من نصوص هذه المواد مايلى :

أولا : أن الحكم برؤية الصغير واجب النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة . ومعنى ذلك : أن النفاذ المشمول به حكم الرؤية هو نفاذ معجل يستمده الحكم من مجرد نص القانون دون حاجة إلى أن يطلبه المدعى أو أن يصدر به أمر من القاضى ، وهو يتم بمجرد صدور الحكم ولو كان قابلا للطعن عليه مادة ٦٥ .

ثانيا : اشترط القانون فى المادة ٦٧ فى مكان تنفيذ الحكم بالرؤية أن تتوافر فيه الأسباب التى تكفل إشاعة جو من الطمأنينة والسكينة فى نفس الصغير ، وهذا المكان يتم تحديده بأحد أمرين :

الأمر الأول : اتفاق الحاضن مع الصادر لصالحه حكم الرؤية على مكان معين تتوافر فيه شروط الطمأنينة ، ويعرض هذا على المحكمة لتعطى موافقتها عليه .

الأمر الثانى : إذا لم يتراضا الطرفان على مكان معين ، فإن المحكمة تختار أحد الأماكن التى يحددها وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الإجتماعية وقد صدر قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ سنة ٢٠٠٠ ونص فى مادته الرابعة على تحديد هذه الأماكن وهى :

١ - أحد النوادى الرياضية أو الإجتماعية .

٢ - أحد مراكز الشباب .

٣ - أحد دور رعاية الأمومة والطفولة .

٤ - أحز الحدائق العامة .

كذلك تضمن قرار وزير العدل بالنسبة لزمن فنص على أن مدة الرؤية لا

تقل عن ثلاث ساعات اسبوعياً فيما بين الساعة التاسعة صباحاً والسابعة مساء ، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير فى دور التعليم .

ثالثا : يجب على قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أن تضع الصيغة التنفيذية علي هذا الحكم . وهذه الصيغة هي: على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها ذلك ، وعلي السلطات المختصة أن يتعين على إجرائه باستعمال القوة متى طلب منها ذلك .

هذه الصيغة صيغة عامة نص عليها قانون المرافعات وجرى العرف القضائى علي وضعها على كل الأحكام الصادرة طبقاً لقانون المرافعات .

غير أن الحكم الصادر برؤية الصغير له طبيعة خاصة لا يتطلب تنفيذها اتباع نفس لإجراءات الواردة فى هذه الصيغة ، لما لذلك من تأثير سلبى على نفس الصغير ، ومن هنا نجد أن المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ حظرت ومنعت تنفيذ الصغير عن تنفيذ الحكم . على أنه يجب على قلم الكتاب أن يضع الصيغة التنفيذية بما يتلاءم مع هذا الحكم دون أن تتضمن ما يفيد استعمال القوة فى هذا الصدد وبخاصة أن هذه الأحكام تصدر وتنفذ طبقاً لقواعد قانون خاص وهو يقيد أحكام القانون العام وهو قانون المرافعات (١) .

رابعا : إذا كان الصغير فى حضانة النساء وحدث تنازع فى حضانته أو طلبت إحدى قريباته حضانته مؤقتا وكان الراجح الحكم لها بذلك ، جاز للنيابة العامة إذا عرض عليها ذلك أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبباً بتسليم الصغير إلى من تحقق مصلحته معها ، على أن يصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل وهذا القرار يكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير .

---

(١) انظر شرح مسائل الأحوال الشخصية للمستشار حسن منصور نائب رئيس محكمة النقض .

أثر انتهاء الحضانة :

يختلف أثر انتهاء الحضانة بإختلاف ما إذا كان المحضون غلاماً أو أنثى فإن كان غلاماً فلا خلاف فى أن حضانته تنتهى ببلوغه ، عاقلاً رشيداً لأن الحضانة ولاية والبالغ الرشيد ، لا ولاية لأحد عليه فمتى بلغ رشيداً كان له مطلق الحرية فى أن يقيم حيث أحب وشاء مع أبيه أو مع أمه ، مع أجنبى أو منفرداً . والمقصود بالرشيد هنا وفيما يأتى أن يكون المحضون مأمونا على نفسه غير مخوف عليه من ارتكاب المعاصى مثل شرب الخمر والزنا والسرقة .

أما إذا بلغ الغلام مجنوناً أو معتوهاً فلا تنتهى حضانته لأنه لا قدرة له على صيانه نفسه ولا على دفع الهلاك عنها ، وحضانته عند الأم أو من يقوم مقامها من النساء لأنه بالجنون أو العته التحق بالصغير فى الإحتياج إلى خدمة النساء . وإذا بلغ الغلام غير رشيد بأن كان غير مأمون على نفسه فإن الولاية لا تسقط عنه ويجبر على البقاء مع ولى النفس أيا كان أو غيره لأنه إذا كان غير مأمون وترك ليقيم وحده فإن الفرصة تكون مهيأة أمامه لإرتكاب المعاصى والمحظورات ، الأمر الذى ينتهى به إلى أن يكون أملا ضائعا يزدرية الناس ، فوق أنهم يعيرون به أهله وفى ضمه لابيه أو من يقوم مقامه حماية له من نفسه بدفع الفتنة عنه وحماية أهله بدفع العار عن أنفسهم وليس من البر ولا من صلة الرحم تركه عبث فى الأرض فساداً . وأما إذا كان المحضون أنثى ، فإما أن تكون بكراً ، وإما أن تكون ثيباً . فإن كانت ثيباً ، تزول عنها الولاية إذا بلغت عاقلة رشيدة ، ولها مادامت كذلك أن تنفرد بالسكنى لأنها اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم ، ومن ثم فلا يكون أبيها أو غيره أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ رشيدة ، لأن ولايته تكون قد زالت عنها .

وإذا بلغت غير رشيدة بأن كانت غير مأمونة على نفسها فلا خلاف فى استمرار الولاية عليها فى نفسها اعتباراً لنفسها بمالها ولا تمكن من النقود بالسكنى لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها .

أما البكر فسواء كانت تدخل فى السن ويجتمع لها رأى وعفه لأنها عرضة للفتنه وللإنخداع بخلاف الثيب ، ومن ثم كان لأبيها أو عاصبها إذا كان ذا رحم محرم ، مأمونا عليها أن يضمها ليحميها ويحفظها من مكر الرجال وحيلهم ، فإذا تجاوزت هذه المرحلة وصارت مسنة واجتمع لها تبعاً لذلك رأى

وتدبر بزيادة التجربة فإنها لا تجبر على أن تضم إلى أبيها أو غيره بل تقيم حيث أحبت وشاءت لأن الضم كان لخوف الفتنه بسبب الإنخداع وقد زال ذلك حين دخلت فى السن واجتمع لها رأيها وعقلها .

على أنه سواء أكانت الأنثى بكراً أم ثيباً ، فإنه تزول ولاية ولى النفس عنها إذا تزوجت وقد أطلق فقهاء المذهب الدخول فى السن ولم يقيدوه بسن محددة ففى بعض المصادر إذا دخلت فى السن واجتمع لها عقل وعقلت فليس للأولياء حق الضم ، وفى البعض الآخر إذا كانت البكر قد دخلت فى السن فاجتمع لها عقلها ورأيها وفى ثالث إذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى وفى الرابع ، إذا كانت مسنة ولها رأى . ويتبين من هذا كله أن الولاية على نفس البكر تستمر حتى تتزوج أو تصير عجوزاً لكن القضاء جرى على أن الأنثى إذا بلغت سن الرشد. وكانت مأمونة على نفسها ولا يخشى عليها الفتنة جاز لها الإنفراد بالسكنى بعيداً عن ولى النفس ، متى كان ذلك فى مصلحتها ولا فرق بين الثيب والبكر ، مسنة أو غير مسنة ، فقد تكون بكراً مسنة أو ثيباً ، أكثر تعرضا للفتنة وأسهل انخداعاً من شابة تحصنت بالعلم والدين وحسن التربية وتحمل المسئولية . وبناء على ما نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى المادة ٢٠ التى استبدل بها نص المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فإن البنت تبقى فى حضانة أمها إذا رأى القاضى مصلحتها فى ذلك حتى تتزوج كما هو منصوص عليه فى المذهب المالكى .

نقل المحضون والسفر به

انتقال الأم :

إذا كانت الحاضنة للصغير أمه وكانت الزوجية بينها وبين أبى المحضون قائمة لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون من المكان الذى تقيم فيه مع الزوج إلى غيره من الأمكنة وإذا أرادت الخروج بالمحضون كان للزوج منعها إلا إذا أذن لها فى الإنتقال . وذلك لأن الزوجة يلزمها متابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم وكذلك إذا كانت معتدة لأنه يلزمها قضاء العدة فى المكان الذى وقعت فيه الفرقة ، ولا يجوز خروجها ولا إخراجها منه لقوله تعالى : « **ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** » (١)

---

(١) آية ١٩ سورة النساء .

وإن كانت الأم مطلقة وقد انقضت عدتها فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذى كانت تقيم فيه مع الأب إلى بلد آخر ، فإن كان البلد بلدها وقد عقد عليها زوجها فيه كان لها أن تخرج به لأن التزوج من امرأة فى بلدها دليل فى الظاهر على أنه مقيم لقوله ﷺ «إذا تزوج رجل ببلد فهو من أهله». غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها مهرها وجب عليها متابعته فإذا ارتفع النكاح كان لها أن تعود إلى بلدها ولو كان بعيداً لوجود دليل الرضا ، وهو التزوج بها فى بلدها والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد فى ذلك البلد . وهذا بخلاف ما إذا لم يحصل العقد فى بلدها لعدم وجود دليل الرضا وهو التزوج بها فى بلدها فلم يكن راضياً بالإقامة معها فى بلدها ولم يكن راضياً بحضانة الولد فيه ومن ثم يبقى ضرر تفريق الولد عنه ضرراً محضاً وهو لا يجوز . وبخلاف ما إذا حصل العقد فى بلد آخر غير بلدها لأن ذلك البلد يكون غربة لها كالبلد الذى يقيم فيه الزوج وعقد النكاح فيه ليس دليلاً على الرضا بالمقام فيه . أما إذا كان انتقالها إلى بلد غيرها الذى جرى فيه عقد النكاح فليس لها أن تخرج بالولد إلا إذا كان هذا البلد قريباً حيث يكون فى مقدوره الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل لسهولة مراعاة الأب حينئذ مصالح ولده ، ولأنه يكون كالإنتقال من مكان إلى مكان متسع ، بيد أنه إذا كان انتقالها من مصر إلى قرية فإنه لا يجوز لما يترتب على ذلك من تخلق الولد بأخلاق أهل القرى .

هذا ولم يبين الفقهاء وسيلة الإنتقال التى يعتبر بها المكان قريباً أو بعيداً والظاهر أن الأمر فى ذلك يرجع إلى ما يتعارفه الناس فى كل زمان ومكان . ففى العصور التى كان فيها الفقهاء لم تكن السكك الحديدية معروفة ولم تكن السيارات معروفة ولم تكن المركبات البخارية معروفة وكان الإنتقال بالعربات تجرها الحيوانات وبالمراكب الشراعية وعلى ظهور الدواب وعلى الإقدام .

أما الآن فقد عرفت القطارات والسيارات والمركبات البخارية وليس ذلك فقط بل صارت هذه الوسائل مألوفة ، ميسورة ، مناسبة التكاليف للكافة .

وعلى ذلك ، فلا يجوز الآن احتساب المسافة على أساس قطعها بالسير على الأقدام أو ركوب الدواب لأنها غير مألوفة للكافة إلا فى المسافات

القريبة جداً . وإذا نحن اعتبرنا ما ذهب إليه الحنفية من أن المعيار في حد القرب والبعد هو إمكان الأب رؤية ولده والعودة قبل الليل وعدم امكانه وذلك امكن القول بأنه إذا كان في مقدور الأب أن يزور ولده بأي وسيلة من وسائل المواصلات المألوفة ثم يعود من زيارته إلى بيته قبل الليل . اعتبر مكاناً قريباً وإذا لم يكن في مقدوروه أن يزوره ويعود في نفس اليوم اعتبر بعيداً وخاصة أنه ليس في التعويل على وسائل المواصلات المألوفة الآن حرج على الأب . لأن المواصلات القديمة كانت أشق ونفقاتها كانت أكثر .

ويهذا المعيار يقضي على معظم المنازعات التي تثور بسبب الإنتقال بالمحضون إذ أن في إمكان أي شخص يقيم بالقاهرة أن يزور ولده في أي بلد من بلاد الوجه البحري ثم يعود قبل الليل ، أو في أي بلد من بلاد الوجه القبلي حتى أسيوط ثم يعود قبل الليل أيضاً .

وفي هذا مراعاه مصلحة الصغير ومراعاه حق والديه وذلك بالجمع بين حضانته بواسط أمه وبين إشراف أبيه عليه ، حتى لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده ، ولا يحرم صغير من عطف حضانته ورعاية أبيه .

انتقال غير الأم :

إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم كالجدة أو الأخت فليس لها أن تنتقل بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا برضاه فلو انتقلت إلى بلد آخر بدون رضاه كان له أو لمن يقوم مقامه أن يمنعها من ذلك ولو كان البلد وطناً لها لأن جواز الإنتقال للأم إلى بلدها كان بحكم العقد ولا عقد بين الأب وغيرها من سائر الحاضنات .

ولم يفرق الفقهاء في هذا الحكم بين البلد البعيد والقريب . غير أن بعض المتأخرين أجاز انتقال غير الأم إلى البلد القريب وسوى بينهما وبين الأم في هذا الحكم وذلك أخذا من تعليلهم جواز انتقال الأم إلى المكان القريب بأن الإنتقال إلى البلدة القريبة كالإنتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة .

انتقال الأب :

إذا كان الولد في يد أبيه لاستغنائه عن خدمة النساء وأراد أبوه أن يسافر به كان له ذلك لأن نفقته وصيانته ، وتأديبه عندئذ واجبة عليه بالإجماع .

أما إذا كان المحضون بيد حاضنته واراد أبوه أن يأخذه منها ليسافر به

فليس له ذلك وتكون الحاضنة المقيمة ، أحق بحضانته منه ، لأن خروج الأب بالولد قبل الإستغناء عن حضانة النساء ، إضراراً بالحاضنة بإبطال حقها فى الحضانة وهو لا يجوز . وإذا كانت الزوجية قائمة فليس للأب أن يخرج بالولد من مكان الزوجية بغير أمه برضاها قريباً كان المكان أو بعيداً .

وإذا خرج الأب بالولد ثم طلقها فطالبته برده إن كان قد أخرجه بإذنها لا يلزمه رده بل يقال لها : اذهبى وخذيه ، وإن كان بغير إذنها لزمه رده كما لو خرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده . وغير الأب من العصبات كالأب غير أن الأنثى لا تدفع إلى غير المحرم .

النفقة لغة

ما ينفق الإنسان على عياله . وهى فى الأصل الدراهم من الأموال .

وشرعا: هى كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى .

وعرفا: هى الطعام والطعام يشمل الخبز والأدم والشراب والكسوة والسترة والغطاء .

والسكنى تشمل : البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء وأجرة النور وآله التنظيف والخدمة ونحوها بحسب العرف . والنفقة التى تجب على الإنسان لغيره لها أسباب ثلاثة : الزوجية والقرابة والملك .

الأصول والقواعد الضابطة للنفقات وهى :

أولا : لا تجب النفقة لأحد من الأصول والفروع كسائر الأقارب الأخرين إلا عند الحاجة بخلاف الزوجة فإن النفقة تجب لها على زوجها وإن كانت موسرة . والسبب فى هذه التفرقة أن نفقة الزوجة حق لها على زوجها لتفريغ نفسها على زوجها بحكم العقد الذى يربط بينهما . على حين تجب نفقة القريب بسبب العلة التى تجمع بينهما . والعلة لا تكون إلا للمحتاج

ثانيا : لا تجب النفقة لقريب على قريبه إلا إذا كان كل منهما ذا رحم محرم من الأخرين أى يكون الزواج بينهما محرما حرمة مؤبدة لو فرض أحدهما ذكراً والآخر أنثى وكان فى حاجة إلى النفقة عليه . ومن أمارت الحاجة أن يكون أنثى أو صغيرا لا يتأتى منه العمل أو أعمى أو مقعدا أو أشل اليدين لا ينتفع بهما أو معتوها أو أخرق لا يحسن صناعة .

ثالثا : لا يجبر المعسر على نفقة أحد غير زوجته وأولاده الصغار فالزوجة

لاحتباسها من أجله بسبب العقد والصغار لأنهم بعضه ولعجزهم عن العمل فيجب عليه حفظهم من الهلاك .

رابعا : لا تجب على الفقير نفقة أحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإن عليه إذا كان فقيراً وقادرا على الكسب أن يعمل وينفق عليهم وليس عليه نفقة غير هؤلاء من الأقارب الآخرين لأنها لا تجب إلا على من له فضل من مال يعوذ به على غيره .

خامسا : على الأب وحده نفقة المحتاج للنفقة من أولاده لا يشاركه فيها أحد وكذلك على الولد وحده نفقة أبويه وجده وجدته لأن الجد يقوم مقام الأب عند عدمه كما تقوم الجدة مقام الأم عند عدمها .

سادسا : لا نفقة لأحد مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأصول والفروع فليس على القريب نفقة لقريبه غير هؤلاء إذا لم يكن من أهل دينه ولكن في الوالدين غير المسلمين . قال تعالى «**وصاحبهما في الدنيا معروفا**» .

والأولاد بعضهم من الأب وهذه البعضية لا يختلف الحكم المتعلق بها باختلاف الدين والأقارب غير هؤلاء من ذوى الرحم المحرم لا وراثة بينهم مع اختلاف الدين والتوارث فيما بينهم هو تبنى وجوب نفقتهم بعضهم على بعض .

سابعا : نفقة الأقارب تقدر بقدر الكفاية وذلك لأنها لا تجب إلا للحاجة فتكون على قدرها لا أكثر منها وكذلك نفقة الأولاد إن كان الأب معسرا وإلا فعلى حسب ما يراه القاضي مع ملاحظة حال الأب والولد معا .

ثامنا : إذا كان وجوب النفقة محل خلاف بين الفقهاء فلا تثبت نفقة إلا بالرضا أو القضاء ، وعلى هذا لا يحتاج إلى القضاء في ثبوت نفقة الأولاد من الرحم المحرم أى الأصول والفروع ويحتاج إليه في نفقة الأقارب الأخرين من ذوى الرحم المحرم .

تاسعا : نفقة جميع الأقارب وإن كانوا من الأصول أو الفروع تسقط بمضى المدة إلا إذا كان من وجبت له قد استدانها بإذن من وجبت عليه أو بأمر القاضي . فإذا فرض القاضي له نفقة شهر فلم يقبضها أو لم يستدنها فعلا حتى مضى الشهر سقطت النفقة لأن ذلك يعتبر دليل عدم حاجته إليها ولأنها صلة محضة فلا يتأكد وجوبها وجوبها إلا بالقبض أو الإستدانة التى تقوم مقامه .

عاشرا : لا يقضى بالنفقة فى مال أحد إذا كان غائبا أو مفقودا إلا للمستحق لها من الوالدين والأولاد والزوجة وذلك لأن وجوب النفقة ثابت بنفسه ولا خلاف فيه بين الفقهاء . فلصاحب الحق أن يأخذ بغير قضاء القاضى وللقاضى أن يعينه على ذلك بالحكم له إذا كان رب المال حاضرا أو غائبا وكان سبب استحقاق النفقة معلوما (١) .

والآن نشرع فى أحكام النفقات . ونبدأ بالكلام عن القرابة الموجبة للنفقة .

لكن ما هى القرابة الموجبة للنفقة ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك : فقال المالكية : إن النفقة الواجبة هى للأبوين والأبناء مباشرة فحسب دون غيرهم . فتجب النفقة للأب والأم وللولد ذكرا أو أنثى . ولا تجب للجد والجدة ولا لولد الولد . لقوله تعالى «وبالوالدين إحسانا» . وقوله سبحانه « وصاحبهما فى الدنيا معروفا » وقوله ﷺ: لمن جاء يشكو أباه الذى يريد أن يحتاج ماله (أنت ومالك لوالدك . إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوا هنيئا)(٢) .

ودليل وجوب نفقة الولد على أبيه قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . وقوله سبحانه « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وقول الرسول ﷺ لهند زوجة أبى سفيان (خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف) فالنفقة واجبة للوالد والولد فقط (٣) .

وقال الشافعية : إن القرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا وقرابة الأولاد وإن سفلوا ؛ للآيات والأحاديث السابقة لأن اسم الوالدين يقع على الأجداد والجدات مع الآباء لقوله تعالى « ملة أبيكم إبراهيم » . فسمى الله تعالى إبراهيم أبا وهو جد ولأن الجد كالأب والجدة كالأم فى أحكام الولادة من رد الشهادة وإيجاب النفقة وغيرها واسم الولد يقع على ولد الولد لقوله تعالى « يا بنى آدم » . ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالإخوة والأعمام وغيرهما لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين . وأما من سواهم فلا يلحق بهم فى الولادة

---

(١) انظر المبسوط جـ٥ ص ٢٢٢ بدائع الصنائع جـ ٤ ص٣٠ .

(٢) نيل الأوطار جـ٦ ص١١ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٢٢ .

وأحكام الولادة . فلم يلحق بهم فى وجوب النفقة فالنفقة واجبة للأصول والفروع فقط (١) . **وقال الحنفية** : تجب النفقة للقرابة المحرمة للزواج : أى لكل ذى رحم محرم ولا تجب لقريب غير محرم من الإنسان لقوله تعالى « **واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذى القربى** » .

وقوله تعالى « **وآت ذا القربى حقه** » . وما روى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده (قال : قلت : يا رسول الله من أبر ؟ قال: أمك . قال: قلت ثم من؟ قال: أمك . قال: يا رسول الله ثم من؟ قال: أمك . قال: قلت ثم من؟ قال: أباك ثم الأقرب فالأقرب)(٢) . رواه أحمد وأبو داود والترمذى .

والعبارة الأخيرة دليل على وجوب نفقة الأقارب على الأقارب سواء أكانوا وارثين أم لا (٣) . **وقال الحنابلة** : تجب النفقة لكل قريب وارث بالفرض أو التعصيب من الأصول والفروع والحواشى كالإخوة والأعمام وأبنائهم . وكذا من ذوى الأرحام إذا كانوا من عمود النسب كأب الأم وابن البنت سواء أكانوا وارثين أم محجوبين .

أما من كان من غير عمود النسب كالخالة والعمة فلا نفقة له على قريبة لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث كسائر المسلمين ، فهم لم يشترطوا المحرمية كما اشترط الحنفية . فيستحق ابن العم النفقة على ابن عمه لأنه وارث . ولا يستحقها عند الحنفية لأنه غير محرم (٤) .

ودليلهم قوله تعالى « **وعلى الوارث مثل ذلك** » ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال المورث من سائر الناس فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه بالنفقة لذلك .

الظاهرية :

وقال ابن حزم الظاهرى : إن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشئ مما أنفقه إن أيسر لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة

---

(١) المهذب ج٢ ص ١٥٢ .
(١) نيل الأوطار ج٢ ص ٣٢٧ .
(٢) فتح القدير ج٣ ص ٣٥٠ .
(٤) المغنى ج ٧ ص ٥٨٢ .

بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك » قال على ﷺ الزوجة وارثة فعليها نفقتة بنص القرآن (١) . وأرى أنه ينبغى العمل هنا برأى الحنابلة : أى بجعل نفقة القريب على قريبة الوارث وإن لم يكن محرما له حتى يكون الغرم بالغنم كما يكون فيه حينئذ تبادل الصلات والمنفعة بذلك .

ويسرنا أن نجد هذا الرأى فى مشروع قانون الأحوال الشخصية . إذ نصت المادة رقم (١٩٥) على أنه تجب نفقة كل صغير عاجز عن الكسب على من يرثه شرعا من أقربائه الموسرين وبنسبة حصتهم من الإرث مع اعتبار المعسر من الورثة بعدد ما إذا كان يحجب غيره .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب الإتفاق على القريب ثلاثة شروط :

أولا : أن يكون القريب فقيرا لا مال له ولا قدرة له على الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة المرضية . ويستثنى الأبوان فتجب لهما النفقة ولو مع القدرة على الكسب بالصحة والقوة فإن كان القريب موسرا بمال أو كسب يستغنى به عن غير الوالدين فلا نفقة له لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة .

ثانيا : أن يكون الملزم بالنفقة موسرا مالكا نفقة فاضلة عن نفسه إما من ماله وإما من كسبه فيلزم القادر على التكسب أو يعمل للإنفاق على قريبة الفقير . ويستثنى الأب فنفقة أولاده واجبة عليه وإن كان معسرا . وكذلك الزوج نفقة زوجته واجبة عليه واو دان معسرا . وقال المالكية : لا يجب على الولد المعسر تكسب لينفق على والديه ولو قدر على التكسب . والدليل على ذلك أحاديث وردت عن رسول الله تؤيد ذلك منها قوله ﷺ (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) وأيضا (إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله فإن كان فضل فعلى قرابته)(٢) .

ثالثا : الحاجة إلى النفقة : لا تجب النفقة على الغير إلا بسبب الحاجة فمن كان ذا مال فنفقته من ماله سواء أكان صغيرا أم كبيرا إلا الزوجة فإن نفقتها تجب على الزوج ولو كانت موسرة لأن نفقتها لم تجب للحاجة وإنما

---

(١) المحلى ج١٠ ص ١١٤ ـ المسألة ١٩٣٠ .

(٢) انظر نيل الأوطار ج٦ ص ٣٢١

بسبب احتباسها لحق الزوج .

رابعا أن يكون المنفق قريبا للمنفق عليه ذا رحم محرم منه مستحقا للإرث منه كما قال الحنفية . وعلى رأى الحنابلة أن يكون المنفق وارثا . كما تقدم . والمالكية : أن يكون أبا أو ابنا .

والشافعية : أن يكون من الأصول والفروع (١) .

شرط إتحاد الدين :

أولا : اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة مع اختلاف الدين ، لكنهم اختلفوا فى شرط اتحاد الدين للإنفاق على القريب .

فقال الحنفية : لا يشترط اتحاد الدين فى نفقة الأصول ولا نفقة الفروع ونفقة الزوجة . لكنهم اشترطوا اتحاد الدين فى غير هذه الفئات الثلاث لعدم أهلية الإرث بين المسلم وغير المسلم .

وأما المالكية والشافعية : فلم يشترطوا اتفاق الدين فى وجوب النفقة بل ينفق المسلم على الكافر والكافر على المسلم ؛ لعموم الأدلة الموجبة للنفقة .

والحنابلة لهم روايتان :

الأولى : تجب النفقة مع اختلاف الدين .

الثانية : لا تجب النفقة مع اختلاف الدين ؛ لأنها مواساة على البر والصلة ولعدم الإرث وتفارق نفقة الزوجات ؛ لأنها عوض يجب مع الإعسار ، فلم يمنعها اختلاف الدين كالصداق والأجرة .

وترتيبا على ما سبق ، نفهم أن القرابة الموجبة للنفقة هى : الأصول الفروع القرابة المحرمة . وهكذا ؟

حد اليسار والإعسار : (٢)

أما حد الإعسار الذى يستحق النفقة :

فمن الفقهاء من قال : هو الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة.

ومنهم من قال : إنه المحتاج . وجرى على لسان بعض الفقهاء أن المعسر هو الفقير الذى لا مال له . وهما قريبان فى المعنى .

---

(١) انظر فى الشروط المراجع الآتية : فتح القدير ج٢ ص٣٤٧ ـ القوانين الفقهية ص ٢٢٢ المهذب ج٢ ص١٦٦ ـ المغنى ج٧ ص٥٨٤ .

(٢) البدائع ج ٤ ص ٣٤ – القوانين الفقهية ص ٢٢٢ – مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٤٨ – المغنى ج ٧ ص ٥٨٤ – الفقه الإسلامى وأدلته ج ٧ ص ٧٧٠ .

وأما حد اليسار : الذى يجب عليه الإتفاق فقد حده الإمام أبو يوسف بقوله : يقدر اليسار بملك مقدار نصاب زكاة المال فإن كان لا يملك هذا المقدار لا تجب عليه النفقة لقريبة المحتاج حتى إنه ليقول "لا أجبر على نفقة الرحم المحرم" . من لم يكن معه ما تجب الزكاة ولو كان معه مائتا درهم إلا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لم أجبره على نفقتها وإن كان يعمل بيده ويكتسب فى الشهر خمسين درهما . وروى عن الإمام محمد أنه يعتبر موسرا من يملك أكثر من نفقة شهر له ولعياله وحينئذ يجبر على نفقة ذوى الرحم المحرم منه فإن لم يكن لديه شئ ولكنه يكتسب يوميا ما يزيد عن حاجته كان عليه أن ينفق الزائد على من تجب عليه نفقته .

وهنا يقول الإمام علاء الدين الكاساني: "وما قاله محمد أرفق لأنه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال ولا يعتبر النصاب ؛ لأن النصاب يعتبر فى وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى لإعتبار النصاب فيها وإنما يعتبر إمكان الأداء . ونعتقد أن هذا أدنى إلى روح الإسلام التى توجب عون المحتاج وإن لم يكن جمهور الفقهاء يقول : بأن الذى يجب أن يعول عليه فى الفتوى هو قول محمد لو كان كسوبا فيعتبر موسرا بكسبه الزائد عن حاجته . ومما يتصل بهذا أنه لو وجبت النفقة على اثنين وتفاوتا فى اليسار وجبت النفقة على كل منهما بحسب يساره ولا يتساويا . وهذا ما يتفق مع روح الشريعة التى لا تسوى فى الحقوق والواجبات بين المختلفين فى الغنى اختلافا بينا (١) .

هل تتوقف النفقة على القضاء ؟

قال الحنفية (٢) : تجب نفقة الأصول والفروع من غير حاجة إلى قضاء القاضى أى أنه إذا كان للصغير مال غائب وأراد الأب أن يرجع عليه فليس له الرجوع إلا بالقضاء أو بالإشهاد بأن يشهد أنه أنفق ليرجع عليه بعد أن نوى بقلبه . فلو أنفق بغير إذن القاضى وبغير إشهاد فليس له الرجوع قضاء وله أن يرجع ديانة فيما بينه وبين الله تعالى .

---

(١) البدائع جـ٤ ص٣٤ - القوانين الفقهية ص ٢٢٢ - مغنى المحتاج جـ٢ ص ٥٨٤ - الفقه الإسلامى وأدلته جـ٧ ص ٧٧٠ .

(٢) البدائع جـ٤ ص٣٥ - الشرح الصغير جـ٢ص٧٥ - الدر وحاشية ابن عابدين ج٢ص٦٩٥ - مغنى المحتاج ج٣ص٤٤٧ - المغنى ج٧ص٥٨٤ - القوانين الفقهية ص٢٢٢

وأما نفقة غير الأصول والفروع : فلا تثبت إلا بالقضاء أو بالتراضى .

والفرق بين الحالتين : أن نفقة الأصول والفروع تجب باتفاق الفقهاء فلا تحتاج فى وجوبها إلى قضاء القاضى .

أما نفقة الأقارب الآخرين . فمختلف فى وجوبها بين الفقهاء فتحتاج إلى ما يقويها وهو قضاء القاضى .

سقوط نفقة الأقارب :

تسقط نفقة الأقارب للولد والوالدين وذوى الأرحام بمضى المدة عند الفقهاء الثلاثة (الحنفية والشافعية والحنابلة)(١) فإذا قضى القاضى بالنفقة للأقارب فمضت مدة شهر فأكثر فلم يقبض القريب ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت (عند الحنفية) .

فمضى المدة يسقط النفقة إلا أن يأذن القاضى بالإستدانة على المنفق المفروض عليه ؛ لأن نفقة الأقرباء تجب سدا للحاجة فلا تجب للموسرين . فإذا مضت المدة ولم يقبضها المستحق دل على أنه غير محتاج إليها .

بخلاف نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضى المدة بعد القضاء بها لأنها تجب جزاء الإحتباس لا للحاجة وتجب ولو كانت الزوجة موسرة ؛ لأن إذن القاضى بالإستدانة على المفروض عليه لا تسقط لأنها تصير دينا فى ذمته يسقط بمضى المدة . ويستثنى من ذلك نفقة الصغير كالزوجة فإنها لا تسقط بمضى المدة وتكون دينا فى ذمة المحكوم عليه نظرا لعجز الصغير والرأفة به . وقال المالكية(٢) : تسقط نفقة الأبوين أو الأولاد بمرور الزمن إلا أن يفرضها القاضى فحينئذ تثبت . ويلاحظ أن القريب المنفق عليه إذا اكتسب لم تعد النفقة واجبة على قريبة إلا إذا لم يكتسب ما يكفى فحينئذ تكمل له النفقة .

والخلاصة : أن نفقة القريب لا تسقط فيما دون شهر ونفقة الزوجة والصغير لا تسقط بمضى الزمان . وإنما تصير دينا بالقضاء . وكذا نفقة القريب غير الزوجة إذا استدان بأمر القاضى .

---

(٢) البدائع ج٤ ص٢٢ ـ فتح القدير ج٣ ص٣٣٨ .

(٣) البدائع ج٤ ص٣٨ ـ المهذب ج٢ ص١٦٧ .

جزاء الإمتناع عن النفقة :

قال الحنفية(١) : إذا امتنع القريب من الإنفاق على قريبه المستحق أصر على الإمتناع مع قدرته ويساره فإنه يحبس ولو كان أبا للضرورة .

فإن فى الإمتناع عن النفقة إهلاكا للقريب وفى الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان وهو أمر واجب شرعا ويتحمل الأب وغيره من باب أولى هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة (٢) .

نفقة الأقارب المحارم :

جاء في لسان العرب أن الرحم هى تنبيت الولد من المرأة وهى أسباب القرابة وأصلها . والجمع أرحام . وذووا الرحم هم الأقارب ويقع على من يجمع بينك وبينه نسب . ويطلق فى الميراث على الأقارب من جهة النساء ويقال : ذو رحم محرم ومحرم وهو من لا يحل زواجه كالأم والبنت والأخت والعمة والخالة . وجاء فى مادة (حرم) أنه يقال : هو ذو رحم محرم ، وهو ذات رحم محرم فالأول ذو رحم محرم من فلانة إذا كان لا يحل له زواجها . والثانى هى ذات رحم محرم من فلان إذا كان لا يحل لها أن تتزوج منه كالأب والإبن والعم ومن يجرى مجراهم . وإذا كان ذو الأرحام هم الأقارب بصفة عامة فإن من هؤلاء من هم عمود النسب وهم الأصول والفروع ، ومنهم من هم الحواشى وهم الأقارب الآخرون الذين ليسوا من الأصول أو الفروع كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم وذلك لأن حاشية كل شئ جانبه وطرفه وهؤلاء هم جوانب نسب الإنسان وأطرافه .

لمن منهم تجب النفقة ؟

ولا يجب النفقة لأحد من هؤلاء الأقارب إلا إذا كان جامعا للأمرين أى يكون ذا رحم محرم من المطلوب النفقة منه .

وإذن تجب النفقة للأعمام والعمات والأخوال والخالات لأن كلا منهم ذو رحم محرم إذ هم من الأقرباء ثم لا يحل التزاوج بين الأعمام والعمات وأولاد أخيهم ولا بين الأخوال والخالات وأولاد أختهم .

---

(١) القوانين الفقهية ص٢٢٣ .

(٢) الأحوال الشخصية للدكتور/وهبة الزحيلى ج٧ ص ٧٨٢ .

ولكن لا تجب النفقة لأولاد العم والعمات والأخوال لأنهم وإن كانوا من الأقارب إلا أنهم ليسوا بمحارم إذ يحل تزاوجهم بعضهم من بعض .

وعلى كل حال فلا تجب النفقة لأحد من هؤلاء الأقارب ذوى الرحم المحرم إلا إذا كان فقيرا وعاجزا عن الكسب بأن يكون صغيرا فقيرا ، أو امرأة بالغة فقيرة أو ذكرا فقيرا بالغا عاجزا عن الكسب لزمانة أو عاهة أو مرض يمنعه من العمل .

وإن كان قادرا على الكسب كان عليه أن يعمل وينفق على نفسه . وعلى قريبه أن يكمل له نفقته إن كان ما يكسبه لا يفى بكفايته منها (١) .

ما الحكم لو تعدد من تجب عليهم النفقة ؟

١ - إذا وجبت نفقة الفقير المستحق لها على واحد من أقاربه كان على هذا الواحد أن يؤديها كما لو كان له ابن واحد أو عم واحد .

٢ - وإن كان من تجب عليهم أكثر من واحد فلا يخلو إما أن يتساووا فى نوع القرابة ودرجاتها وقوتها أو يختلفوا فى ذلك .

فإن تساووا فى نوع القرابة ودرجاتها وقوتها كابنين وأخوين كانت النفقة عليهم بالتساوى . أما لو اختلفوا فى نوع القرابة أو فى درجاتها أو فى قوتها . فقد اضطربت أقوال الفقهاء فى ذلك أى فى بيان من تجب عليه النفقة منهم دون غيره .

وقد حاول العلامة ابن عابدين ضبط هذه الأقوال وبيان الترتيب الواجب اتباعه وحصر ذلك كله فى سبع حالات وهى كما قال فى حاشيته (٢) :

الحالة الأولى :

أن يكون الموجود من الذين يصح أن تفرض عليهم النفقة فروعا فقط وحينئذ يكون الضابط اعتبار الجزئية فقط ولا دخل فيها للميراث وعلى هذا إذا كان هذا المحتاج له ولدان أحدهما مسلم والآخر مسيحى كانت النفقة عليهما بالسوية لتساويهما فى العلة والجزئية وإن كان أحدهما غير وارث وهما مع هذا متساوين فى القرابة أيضا . وإذا كان له ابن ، وابن ابن ، كانت النفقة على الابن وحده لقربة بعد التساوى فى الجزئية .

وإذا كان له ابن وبنت ، كانت النفقة على كل منهما بالتساوى لتساويهما فى علة وجوبها ولا اعتبار هنا لمقدار الميراث .

---

(١) البدائع ج٤ ص٣٨ - الدر المختار ج٢ ص٩٤٥ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ج٢ ص٧٠٠ ، الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلى ج٧ ص٧١٦ - أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى د/ محمد يوسف موسى ص ٤٨٥ وما بعدها .

وكذلك تكون النفقة بالتساوى على ابن الابن وبنت البنت لاستوائهما فى الجزئية ثم القرب وإن كان الميراث للأول وحده .

الحالة الثانية :

أن يكون للمستحق للنفقة فروع : كالابن وابن الابن وإن نزل وحواشى كالإخوة والأعمام والأخوال . وهنا نفرض الحواشي غير موجودين وتكون النفقة على من تتب عليه من الفروع فقط لأنهم جزء منه وجزء الإنسان أولى به من حواشيه . وعلى هذا تكون النفقة على البنت فقط مع وجود الأخت الشقيقة إن كان كلاهما وارثا .

وعلى الابن النصراني مع وجود الأخ المسلم وإن كان الابن غير وارث وعلى ولد البنت وإن لم يرث مع وجود الأخ الشقيق الوارث .

الحالة الثالثة :

أن يكون له فروع وأصول . وهنا تكون على الأقرب دون نظر إلى استحقاق الميراث أو عدم استحقاقه ولا مقدار الميراث إن كان الجميع وارثا فتكون على الأب مع وجود ابن الابن مع أن حظه فى الميراث دون حظ الابن فإن تساووا فى القرب كانت النفقة على من يرجح الدليل الوجوب عليه وإن وجد هذا المرجح . فتكون على الابن مع وجود الأب لقوله ﷺ (أنت ومالك لأبيك) فإن هذا النص دليل يرجح وجوب الإنفاق على الابن لأبيه دون أبى الأب . فإن لم يوجد مرجح مع التساوى فى القرب كانت النفقة على كل منهم حسب الميراث أو حسب نصيبه منه . وعلى هذا فإن نفقة من له جد هو أبو أبيه وله بنت بنت تكون على الجد لإنفراده بالميراث لأنه عصبة .

ومن له جد وحفيد تكون النفقة على كل منهما حسب ميراثه . أى على الجد السدس وعلى ابن الابن الباقى .

الحالة الرابعة :

أن يكون له فروع وأصول وحواشى وهذه الحالة حكمها حكم الحالة التى سبقتها تماما لأنه من الواجب عدم النظر إلى الحواشى مع وجود الفروع وحينئذ لا يكون أمامنا إلا الفروع والأصول .

الحالة الخامسة :

أن يكون الموجود الواجب عليه النفقة للمستحق أصولا فقط . فإن كان فيهم أبوه كانت النفقة عليه وحده لما عرفناه من أنه لا يشارك الأب أحد فى نفقة ولده . وإن لم يكن فيهم أبوه وكان الجميع يرثون كانت النفقة على كل منهم حسب نصيبه فى الميراث . فتكون على الجد لأب وإن علا وعلى الأم أثلاثا أى ثلثاها على الجد وثلثها على الأم حسب ميراث كل منهما .

وإن كان بعضهم وارثا والبعض غير وارث كان المعتبر هو الأقرب جزئية إلى المستحق للنفقة .

فإن كانت أمه موجودة وكذلك أبوها كانت النفقة على الأم وحدها وإن تساووا فى القرب إلى المستحق كان الرعتبار حينئذ بالميراث فتكون النفقة على أبى الأب وإن وجد معه أبو الأم لأن الأول هو الوارث .

الحالة السادسة :

أن يوجد للمستحق أصول وحواشي فإن كان لكل وارثا تكون النفقة حسب نصيب كل منهم من الميراث فإن كان للمستحق للنفقة أم وأخ شقيق لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب أو عم شقيق أو لأب كان على الأم ثلث نفقته وعلى الوارث الآخر العاصب الثلثان .

الحالة السابعة :

وهى الأخيرة أن يكون للقريب المستحق للنفقة أقارب من الحواشى فقط وهنا يكون الإعتبار للإرث بعد أن يكون القريب ذا رحم منه فالنفقة تكون على الأخ أو ابن الأخ إذا اجتمع أحدهما مع العم ؛ لأن العم لا يرث فى هذه الحالة وتكون على ابن الأخ دون الخال إذا اجتمعا معا وذلك لأن الخال لا يرث مع العم . فإن كانوا جميعا يرثون كانت النفقة عليهم بنسبة ميراث كل منهم فإن كان للفقير المستحق أخ شقيق وأخت من أمه يكون على هذه السدس من النفقة وعلى الأول الباقى . وإن كان له أخ شقيق وآخر لأم لم يكن على الثانى شئ من النفقة لعدم ميراثه مع وجود الشقيق .

ويكون سدس النفقة على الثالث والباقى على الأول وذلك كله حسب حظ كل منهم من الميراث (١) .

---

(١) انظر الأحوال الشخصية فى الفقة الإسلامى د/محمد يوسف موسى ص ٥٠٨

فهرس الكتاب

القسم الأول

	الصفحة
الأفتتاحية	١ - ٤
المقدمة	٥ - ١٤
★ التعريف بالزواج والغرض منه ودليل مشروعيته وحكمه .	
الخطبة	١٤
تعريفها - أنواعها	١٥
كيف يختار الزوج	١٧
النظر للمرأة المخطوبة	٢٠
وقت الرؤية	٢٣
شروط الخطبة	٢٤
أثر الخطبة المحرمة فى العقد	٢٧
هل مقدمات عقد الزواج تعتبر تعتبر عقداً الزواج	٢٧
الآثار المترتبة على فسخ الخطبة	٢٨
هل يحكم بالتعويض إذا فسخت الخطبة بالمحكمة	٣٠
إذا تنازع الطرفان بعد فسخ الخطبة فيما قدم	٣٦
إنشاء عقد الزواج	٣٧
شروط الزواج	٤٢
هل يدخل الخيار عقد الزواج	٦٢
زواج المتعة والزواج المؤقت	٦٥
موانع الزواج	٦٦
أثبات دعوى الزواج	١٠٢
الآثار المترتبة على عقد الزواج	١٠٦
الولاية فى النكاح	١١٠
الوكالة فى الزواج	١٢٥
الكفاءة فى الزواج	١٢٨

الصفحة

الحقوق المترتبة على عقد الزواج ١٣٣
المهر ١٤٠
نفقة الزوجة ١٧٣
شروط وجوب النفقة ١٧٥
من لا نفقة لها من الزوجات ١٧٥
كيف تقدر النفقة وما يجب مراعاته عند تقديرها ١٨٣
نفقة المسكن الشرعى ١٨٤
إذا رفض الزوج الأنفاق على زوجته ١٨٦
نفقة زوجة الغائب ١٨٧
متى تعتبر دينا على الزوج ١٩٣
الكفالة بالنفقة ١٩٤
المقاصة بدين النفقة ١٩٥

فهرس القسم الثانى

الفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد ١٩٥
الفرقة بين الزوجين تعريفها ـ أنواعها ١٩٦
متى تكون الفرقة فسخا ومتى تكون طلاقا ١٩٧
الطلاق ـ معناه ١٩٨
حكم التكليف ١٩٩
شروط إيقاع الطلاق ٢٠٣
ألفاظ الطلاق ٢١٥
أنواع الطلاق ٢٢٠
تقسيم الطلاق إلى سنى وبدعى ٢٣١
الطلاق الثلاث بلفظ واحد ٢٣٤
الإنابة فى الطلاق ٢٤٧

الصفحة

العدة ٢٥٤
أنواع العدة ٢٥٦
متى تبدأ العدة ٢٦٢
تحول العدة وانتقالها ٢٦٤
ما يجب على المعتدة ٢٦٧
خلاصة أحكام العدة ٢٧٠
الرجعة ٢٧٢
شروط الرجعة ٢٧٤
الأشهاد على الرجعة ٢٧٦
الطلاق والتقاضى ٢٧٩
الخلع ٢٨٨
الفرق القضائية ٣٠١
التفريق لعدم النفقة ٣٠١
التفريق للعيب ٣٠٥
التفريق للضرر ٣١٠
التفريق للغيبة ٣١٩
التفريق لحبس الزوج ٣٢٠
التفريق بسبب العدد ٣٢١
التطليق بسبب امتناع الزوجة من الدخول فى طاعة زوجها ٣٣١
حقوق الأولاد ٣٣٤
النسب ٣٣٤
أسباب ثبوت النسب ٣٣٨
حق الرضاع ٣٥٠
إذا امتنعت الأم عن الرضاع ٣٥٢
الحضانة ٣٥٤
تعريفها ومن له الحق فيها ٣٥٤

الصفحة

شروط الحضانة	٣٦٠
أجرة الحضانة	٣٦٤
التبرع بالحضانة	٣٦٩
زمن الحضانة	٣٧١
أنتهاء حق الحضانة فى ظل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥	٣٧٣
رؤية المحضون	٣٧٤
أثر أنتهاء الحضانة	٣٨٠
نقل المحضون والسفر به	٣٨١
- النفقة	٣٨٤
القرابة الموجبة للنفقة	٣٨٦
شروط وجوب النفقة	٣٨٨
هل تتوقف النفقة على القضاء	٣٩٠
سقوط نفقة الأقارب	٣٩١
ما الحكم لو تعدد من تجب عليهم النفقة	٣٩٣
الفهرس	٣٩٧

دار الهـــدى للمطبوعـــات

ش عمرو بن العاص [١٠٠٨] سابقا خلف
طريق جمال عبد الناصر أرض المعلمين - مينامى
ت/ ٥٥٧٤٧٧٢

١٩ / ١ ادارى

٢٣ / ١ اقتصاد

٢٧ / ١ شريعة

٣١ / ١ مصادر

اصوال